

(١٣٨٤)

الشبهة والاشتباه

من مصنفات الفقه وأصوله

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

" ٣٤٧ – الابن إذا وطيء جارية أبيه أو جارية أمه أو جارية امرأته أو وطيء امرأته المطلقة ثلاثا في العدة أو أم ولده ما دامت في عدته أو العبد وطيء جارية مولاه أو المرتهن وطيء الجارية المرهون عنده في رواية كتاب الرهن أنه يجب الحد على الواطيء في هذه المواضع إن قال علمت أنها حرام وإن قال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه

وفي الأب إذا وطيء جارية ابنه والبائع أذا وطيء الجارية المبيعة قبل التسليم والجارية الممهورة إذا وطئها الزوج قبل التسليم والمطلقة طلاقا بائنا إذا وطئها الزوج والجارية بين شريكين فإنه لا يجب الحد في هذه المواضع وإن قال علمت أنها محرمة علي

والفرق بين هذه المسائل إن في المسائل المتقدمة الشبهة في الفعل إذ لا شبهة لهؤلاء في عين الموطءة ولكن لهم شبهة في الفعل لأن الابن يبسط ويتصرف في مال أبيه فإذا ظن أن له هذا النوع من التصرف فقد ظن في موضع الظن والاشتباه وكذلك الزوج ينبسط وينصرف في مال زوجته فإذا ظن الحكم بقايا الملك حكم نفس الملك فقد ظن في موضع الظن والاشتباه وكذلك المرتهن له حق الحبس وهو نوع تصرف فيجوز أن يشتبه عليه أمر الوطء فإذا وطيء وادعى الاشتباه استند دعواه إلى شبهة ظاهرة وبالشبهة الممكنة يدرأ الحد ." (١)

" وقال الأزجى فى نهايته هذا قياس المذهب كما قلنا فى اشتباه الأوانى الطاهرة بالنجسة وقدمه أبو الخطاب فى انتصاره

وقال ابن عقيل فى فنونه فى مسألة اشتباه الأوانى وقد قال الإمام أحمد لا يعجبنى أن يأكل منه وسأل المروذى أبا عبدالله عن الذى يعامل بالربا يؤكل عنده قال لا قد لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم آكل الربا وموكله وقد أمر النبى صلى الله عليه و سلم بالوقوف عند الشبهة

والقول الثانى إن زاد الحرام على الثلث حرم الكل والإ فلا قدمه فى الرعاية لأن الثلث ضابط فى مواضع

والثالث إن كان الأكثر الحرام حرم وألا فلا إقامة للأكثر مقام الكل قطع به ابن الجوزى فى المنهاج نقل الأثرم وغير واحد عن الإمام أحمد فيمن ورث مالا فيه حرام إن عرف شيئا بعينه رده وإن كان الغالب على ماله الفساد تنزه عنه أو نحو هذا

---

(١) الفروق، ٣٠٢/١

ونقل عنه حرب فى الرجل يخلف مالا إن كان غالبه نهبا أو ربا ينبغى لوارثه أن يتنزه عنه إلا أن يكون لا يعرف

ونقل عنه أيضا هل للرجل أن يطلب من ورثة إنسان مالا مضاربة ينفعهم وينتفع قال إن كان غالبه الحرام فلا

الرابع عدم التحريم مطلقا قل الحرام أو كثر لكن يكره وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته جزم به فى المغنى وقاله ابن عقيل فى فصوله وغيره وقدمه الأزجى وغيره

ومنها لو طلق إحدى زوجتيه ولم ينو معينة حرمتا إلى البيان وبماذا يحصل روايتان المذهب بالقرعة والثانية بتعيينه فعليهما هل وطؤه تعيين أم لا فى المسألة وجهان والذى ذكره القاضى أنه ليس بتعيين

ومنها لو طلق معينة ونسيها أو قال إن كان هذا الطائر غرابا ." (١)

"والثانية: يتصدقان بها وأخذها القاضي في خلافه من رواية حنبل وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضا في المجرد و كتاب الروايتين ثم قال وهذا عندي على الاستحباب المنهي عن ربح ما لم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري ، وكذلك مال صاحب المغني إلى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر في مستحقها ، ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه أحمد في ربح مال المضاربة إذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح ما لم يضمن.

والرواية الثالثة: أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضي في خلافه في مسألة زرع الغاصب ، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلا فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فإن كان فيه فضل كان للبائع صاحب الأرض قيل له: وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه فطلع؟ قال: كذلك في النخل فإن كان فيه زيادة فهو لصاحب الأرض البائع ، ووجهه القاضي بأن الزيادة من نماء ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب فإنه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظورا كذلك ههنا.

ويمكن أن يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب إنما له آثار عمل فألغيت وهنا للمشتري عين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمائها ، ويجاب عنه بأن المشتري إنما يستحق بالعقد ما وقع عليه العقد من

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية- الفقي، ص/٩٧

الثمرة وما زاد على ذلك فلا حق له فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده.

وحمل القاضي قول أحمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها.

وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندي أن يقال: بأن زيادة الثمرة في صفتها للمشتري وما طال من الجزة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جز ما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبائع ، فكذلك إذا لم تجز انتهى.

واختار القاضي خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد وللبائع مع فساده ولم يثبت في كتاب الروايتين في المذهب في هذا خلافا ، وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص أحمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق إزالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لكان أقرب كما أفتى به ابن بطة فيمن اشترى خشبا للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته للمشتري وعليه لصاحب الأرض أجرة أرضه للمدة التي تركها فيه وأخذه." (١)

" اعتقاد الشيء على ما هو به وهو خطأ من وجهين أحدهما تخصيص الشيء مع أن العلم يتعلق بالمعدوم الذي ليس شيئا عندنا

والثاني إن هذا الاعتقاد حاصل للمقلد وليس بعالم قطعا فإنه كما يتصور أن يعتقد الشيء جزما على خلاف ما هو به لا عن بصيرة كاعتقاد اليهودي والمشرك فإنه تصميم جازم لا تردد فيه يتصور أن يعتقد الشيء بمجرد التلقين والتلقف على ما هو به مع الجزم الذي لا يخطر بباله جواز غيره فوجه تميز العلم عن الاعتقاد هو أن الاعتقاد معناه السبق إلى أحد معتقدي الشاك مع الوقوف عليه من غير إخطار نقيضه بالبال ومن غير تمكين نقيضه من الحلول في النفس فإن الشاك يقول العالم حادث أم ليس بحادث والمعتقد يقول حادث ويستمر عليه ولا يتسع صدره لتجويز القدم والجاهل يقول قديم ويستمر عليه والاعتقاد وإن وافق المعتقد فهو جنس من الجهل في نفسه وإن خالفه بالإضافة فإن معتقد كون زيد في الدار لو قدر استمراره عليه حتى خرج زيد من الدار بقي اعتقاده كما كان لم يتغير في نفسه وإنما تغيرت إضافته فإنه طابق المعتقد في حالة وخالفه في حالة وأما العلم فيستحيل تقدير بقائه مع تغير المعلوم فإنه كشف وانشراح والاعتقاد عقدة على القلب والعلم عبارة عن انحلال العقد فهما مختلفان ولذلك لو أصغى المعتقد إلى

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/١٧٠

المشكك لوجد لنقيض معتقده مجالا في نفسه والعالم لا يجد ذلك أصلا وإن أصغى إلى الشبه المشككة ولكن إذا سمع **شبهة** فإما أن يعرف حلها وإن لم تساعده العبارة في الحال وإما أن تساعده العبارة أيضا على حلها وعلى كل حال فلا يشك في بطلان **الشبهة** بخلاف المقلد وبعد هذا التقسيم والتمييز يكاد يكون العلم مرتسما في النفس بمعناه وحقيقته من غير تكلف تحديد

وأما المثال فهو أن إدراك البصيرة الباطنة تفهمه بالمقايسة بالبصر الظاهر ولا معنى للبصر الظاهر إلا انطباع صورة المبصر في القوة الباصرة من إنسان العين كما يتوهم انطباع الصور في المرآة مثلا فكما أن البصر يأخذ صور المبصرات أي ينطبع فيها مثالها المطابق لها لا عينها فإن عين النار لا تنطبع في العين بل مثال يطابق صورتها وكذلك يرى مثال النار في المرآة لا عين النار فكذلك العقل على مثال مرآة تنطبع فيها صور المعقولات على ما هي عليها وأعني بصور المعقولات حقائقها وماهياتها فالعلم عبارة عن أخذ العقل صور المعقولات وهيآتها في نفسه وانطباعها فيه كما يظن من حيث الوهم انطباع الصور في المرآة ففي المرآة ثلاثة أمور الحديد وصقالته والصورة المنطبعة فيها فكذلك جوهر الآدمي كحديدة المرآة وعقله هيئة وغريزة في جوهره ونفسه بها يتهيأ للانطباع بالمعقولات كما أن المرآة بصقالتها واستدارتها تتهيأ لمحاكاة الصور فحصول الصور في مرآة العقل التي هي مثال الأشياء هو العلم والغريزة التي بها يتهيأ لقبول هذه الصورة هي العقل والنفس التي هي حقيقة الآدمي المخصوصة بهذه الغريزة المهيأة لقبول حقائق المعقولات كالمرآة فالتقسيم الأول يقطع العلم عن مظنان **الاشتباه** وهذا المثال يفهمك حقيقة العلم فحقائق المعقولات إذا انطبع بها النفس العاقلة تسمى علما وكما أن السماء والأرض والأشجار والأنهار يتصور أن ترى في المرآة حتى كأنها موجودة في المرآة وكأن المرآة حاوية لجميعها فكذلك الحضرة ." (١)

"واختار ابن عقيل في فنونه التحريم لامتزاج الحرام بالحلال واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر وعلى هذا بنى على أنه اشتراك.

وعن أحمد رواية أخرى أنه استهلاك فيخرج قدر الحرام ولو من غيره قاله شيخنا.

ومنها: الأكل من ماله من في ماله حرام هل يجوز أم لا؟

في المسألة أربعة أقوال.

أحدها التحريم مطلقا قطع به شرف الإسلام عبد الوهاب بن أبى الفرج١ في كتابه المنخب قبيل باب الصيد وعلل القاضى وجوب الهجرة من دار الحرب بتحريم الكسب عليه هناك لاختلاط الأموال لأخذهم المال

---

(١) المستصفى، ص/٢٢

من غير جهته ووضعه في غير حقه.
وقال الأزجي في نهايته هذا قياس المذهب كما قلنا في **اشتباه** الأواني الطاهرة بالنجسة وقدمه أبو الخطاب في انتصاره.
وقال ابن عقيل في فنونه في مسألة **اشتباه** الأواني وقد قال الإمام أحمد لا يعجبني أن يأكل منه وسأل المروذي أبا عبدالله عن الذي يعامل بالربا يؤكل عنده قال لا قد لعن رسول الله صلى اللہ عليه وسلم آكل الربا ومؤكله٢ وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالوقوف عند **الشبهة**.
والقول الثاني إن زاد الحرام على الثلث حرم الكل وإلا فلا قدمه في الرعاية لأن الثلث ضابط في مواضع.

—

١ هو عبد الوهاب بن عبد الواحد بن علي الشيرازي المتوفي سنة [٥٣٦هـ] و"المنتخب" مصنف له في الفقه الحنبلي انظر المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص "٢٠٨".
٢ نص الحديث: عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه أنه اشترى غلاما حجاما فقال: إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وثمن الكلب وكسب البغي ولعن آكل الربا ومؤكله والواشمة والمستوشمة والمصور البخاري كتاب اللباس رقم: "٥٩٦٢".
وفي مسلم: عن جابر قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهديه وقال: "هم سواء" كتاب المساقاة رقم: "١٥٩٨".." (١)

"والثانية: يتصدقان بها وأخذها القاضي في خلافه من رواية حنبل وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضا في المجرد و كتاب الروايتين ثم قال وهذا عندي على الاستحباب المنهي عن ربح ما لم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري ، وكذلك مال صاحب المغني إلى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه **شبهة** **لاشتباه** الأمر في مستحقها ، ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه أحمد في ربح مال المضاربة إذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح ما لم يضمن.
والرواية الثالثة: أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضي في خلافه في مسألة زرع الغاصب ، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلا فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية- الفضيلي، ص/١٣٣

فإن كان فيه فضل كان للبائع صاحب الأرض قيل له: وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه فطلع؟ قال: كذلك في النخل فإن كان فيه زيادة فهو لصاحب الأرض البائع ، ووجهه القاضي بأن الزيادة من نماء ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب فإنه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظورا كذلك ههنا.

ويمكن أن يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب إنما له آثار عمل فألغيت وهنا للمشتري عين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمائها ، ويجاب عنه بأن المشتري إنما يستحق بالعقد ما وقع عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حق له فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده.

وحمل القاضي قول أحمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها.

وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندي أن يقال: بأن زيادة الثمرة في صفتها للمشتري وما طال من الجزة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جز ما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبائع ، فكذلك إذا لم تجز انتهى.

واختار القاضي خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد وللبائع مع فساده ولم يثبت في كتاب الروايتين في المذهب في هذا خلافا ، وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص أحمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق إزالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لكان أقرب كما أفتى به ابن بطة فيمن اشترى خشبا للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته للمشتري وعليه لصاحب الأرض أجرة أرضه للمدة التي تركها فيه وأخذه." (١)

" عندي على الاستحباب المنهي عن ربح ما لم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري وكذلك مال صاحب المغني إلى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر في مستحقها ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه أحمد في ربح مال المضاربة إذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح ما لم يضمن والرواية الثالثة أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضي في خلافه في مسألة زرع الغاصب ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلا فتركه حتى

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٧٠

سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فإن كان فيه فضل كان للبائع صاحب الأرض قيل له وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه فطلع قال كذلك في النخل فإن كان فيه زيادة فهو لصاحب الأرض البائع ووجهه القاضي بأن الزيادة من نماء ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب فإنه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظورا كذلك ههنا ويمكن أن يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب إنما له آثار عمل فألغيت وهنا للمشتري عين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمائها ويجاب عنه بأن المشتري إنما يستحق بالعقد ما وقع عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حق فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده وحمل القاضي قول أحمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندي أن يقال بأن زيادة الثمرة في صفتها للمشتري وما طال من الجزة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جز ما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبائع فكذلك إذا لم تجز انتهى واختار القاضي خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد وللبائع مع فساده ولم يثبت في كتاب الروايتين في المذهب في هذا خلافا وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص أحمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق إزالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لكان أقرب كما أفتى به ابن بطة فيمن اشترى خشبا للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته

". (١)

"(الفرق الرابع والأربعون والمائتان بين قاعدة ما هو شبهة تدرأ بها الحدود والكفارات وقاعدة ما ليس كذلك) .

قاعدة يقع بها الفرق وهي أن الشبهات ثلاثة : شبهة في الوطء وشبهة في الموطوءة وشبهة في الطريق فالشبهة الأولى تعم الحدود والكفارات ومثالها اعتقاد أن هذه الأجنبية امرأته ومملوكته أو نحو ذلك ، ومثال شبهة الموطوءة الأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحد ، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحد فيحصل الاشتباه وهي عين الشبهة كما أن اعتقاد الأولى الذي هو جهل مركب وغير مطابق يقتضي عدم الحد من حيث إنه معتقد الإباحة ، وعدم المطابقة في اعتقاده يقتضي

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٨١

الحد فحصلت الشبهة من الشبهين ، ومثال الثالثة اختلاف العلماء في إباحة الموطوءة كنكاح المتعة ونحوه فإن قول المحرم يقتضي الحد وقول المبيح يقتضي عدم الحد فحصلت الشبهة من الشبهتين فهذه الثلاثة هي ضابط الشبهة المعتبرة في إسقاط الحدود والكفارات في إفساد صوم رمضان غير أن لها شرطا وهو اعتقاد مقارنة السبب المبيح .

قال مالك في المدونة في كتاب الصيام إذا جامع في رمضان ناسيا فظن أن ذلك يبطل صومه فتعمد الفطر ثانية أو امرأة رأت الطهر في رمضان ليلا فلم تغتسل حتى أصبحت فظنت أنه لا صوم لمن لم يغتسل قبل الفجر فأكلت أو مسافر قدم إلى أهله ليلا فظن أن من لم يدخل نهارا قبل أن يمسي أن صومه لا يجزئه ، وأن له أن يفطر فأفطر أو عبد بعثه." (١)

"(الفرق السادس والأربعون والمائتان بين قاعدة ما هو شبهة تدرأ بها الحدود والكفارات وقاعدة ما ليس كذلك) .

وهو أن ضابط الشبهة المعتبرة في إسقاط الحدود والكفارات في إفساد صوم رمضان أمران .

(الأمر الأول) أن لا تخرج عن شبهات ثلاث .

(الأولى) الشبهة في الواطئ كاعتقاد أن هذه الأجنبية امرأته أو مملوكته أو نحو ذلك فالاعتقاد الذي هو جهل مركب وغير مطابق يقتضي عدم الحد من حيث إنه معتقد الإباحة ، وعدم المطابقة في اعتقاده يقتضي الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة .

(الثانية) الشبهة في الموطوءة كالأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحد ، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة .

(الثالثة) الشبهة في الطريق كاختلاف العلماء في إباحة الموطوءة كنكاح المتعة ونحوه فإن قول المحرم يقتضي الحد وقول المبيح يقتضي عدم الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة .

(الأمر الثاني) تحقق شرطها وهو اعتقاد المقدم مقارنة السبب المبيح ، وإن أخطأ في حصول السبب ، وإلى أمثلة ذلك قال مالك في المدونة في كتاب الصيام إذا جامع في رمضان ناسيا فظن أن ذلك يبطل صومه فتعمد الفطر ثانية أو امرأة رأت الطهر في رمضان ليلا فلم تغتسل حتى أصبحت فظنت أنه لا صوم

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ١٤٢/٨

لمن لم يغتسل قبل الفجر فأكلت أو مسافر قدم إلى أهله ليلا فظن أن من لم يدخل نهارا قبل أن يمسي أن صومه لا يجزئه ، وأن له أن يفطر فأفطر أو عبد." (١)

"اقتران السبب المبيح فأوقعت الإباحة فيها قبل سببها فالمقدم في هاته مصيب من حيث إن كلا من المرض والحيض وصيرورة الخمر خلا والعقد على الأجنبية مبيح ، ومخطئ في التقدم للحكم على سببه ، والمقدم في تلك مخطئ في حصول السبب مصيب في اعتقاده المقارنة ، وأنه لم يقصد تقديم الحكم على سببه فعذر بالتأويل الفاسد في تلك ، ولم يعذر في هاته بالتأويل الفاسد وسر الفرق أن تقدم الحكم على سببه بطلانه مشهور غير ملتبس في الشريعة فلا صلاة قبل الزوال ، ولا صوم قبل الهلال ، ولا عقوبة قبل الجنايات وهو كثير لا يعد ، ولا يحصى حتى لا يكاد يوجد خلافه ألبتة ، وما هو مشهور لا يكون اللبس فيه عذرا ، وأما **اشتباه** صورة الأسباب المبيحة وتحقيق شروطها ، ومقاديرها فلا يعلمه إلا فحول الفقهاء وتحقيقه عسير على أكثر الناس فكان اللبس فيه عذرا .

قال وحديث ﴿ ادرءوا الحدود بالشبهات ﴾ الذي يستدل به الفقهاء على هذه الأحكام ، وإن لم يصح إلا أن معتمدنا فيها ما قاله بعض الفضلاء من أنه حيث أجمعنا على إقامة الحد كان سالما عن **الشبهة** ، وما قصر عن محل الإجماع لا يلحق به عملا بالأصل حتى يدل بدليل على إقامة الحد في صور الشبهات .

ا هـ .

وهو حسن هذا تهذيب ما في الأصل ، وصححه ابن الشاط والله سبحانه وتعالى أعلم .." (٢)

"الأشباه والنظائر

مدخل

صلى الله عليه وسلم لمن معه : "أما رأيتم عليا في السحاب" أو نحو هذا اللفظ ؛ فبلغ ذلك بعض المتشيعين فاعتقدوا أنه يريد سحاب السماء ، وفيه يقول القائل :

برأت من الخوارج لست منهم من الغزال منهم والرباب

ومن قوم إذا ذكروا عليا يردون السلام على السحاب

والغزال -بالغين المعجمة- واصل بن عطاء كان يتصدق بالغزل على النساء ، والرباب هو عمرو بن عبد

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ١٤٥/٨

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، ١٤٧/٨

والرباب بباءين موحدتين.

ومن ذلك حديث "إن الله خلق آدم على صورته" ورد في رجل لطم رجلا فزجره النبي صلى الله عليه وسلم وقال ذلك ، فالضمير في صورته عائد على الملطوم لا على الله عز وجل تعالى عن قول **المشبهة**.

السابع : الناشئ من قبل الاجتهاد وذلك يختلف باختلاف الفرائح والأذهان وما لها من استعداد ، وفيه يتنافس المتنافسون ويتبين مقدار الأفهام في الفهم عن الله.

وهو باب القياس ، وهو مديان الفحول وميزان الأصول ومناط الآراء ورياضة العلماء ؛ وإنما يفزع إليه عند فقدان النصوص كما قيل :

إذا أعيى الفقيه وجود نص تعلق لا محالة بالقياس

وقد ينشأ الخلاف من **اشتباه** العلة بالمحل. ونحن نتحفك بضابط في ذلك نأمن معه الخطأ إن شاء الله تعالى. فنقول : المحل ما تعين لعمل العلة ولم يؤثر في الحكم شيئا ، والعلة وصف يحسن أن ينسب الحكم إليه ويترتب عليه.

وإن شئت فقل ما أثر في الحكم ونعني بالتأثير ما يعنيه الفقيه لا أنه موجب فقد عرف من أصلنا اندفاع ذلك ، والشرط ما لا يفهم منه تأثير ولكن وضع لينتفي الحكم عند انتفائه من غير معنى فيه.

مثاله :

علة ربوية الأشياء الأربعة المنصوصة عندنا الطعم وحده ، والجنسية محل التحريم ، وعدم التساوي في معيار الشرع شرط والمعلول فساد العقد قال القاضي الحسين : "فكأن الشارع يقول : الطعم في الجنس الواحد مع انعدام التساوي –يوجب فساد العقد وزعم الأودني أن الجنس هو العلة والطعم شرط.

هذا تحرير النقل عنه –صريح بها لقاضي الحسين وغيره– وكان الأودني جليل

صفحة : ٢٥٨ | ٣٩٩." (١)

" الكفارة لما قلنا ومثله كثير ومن زنى بجارية امرأته أو جارية والده وظن أنها تحل له لم يلزمه الحد فيصير الجهل والتأويل في موضع **الاشتباه** **شبهة** في الحدود دون النسب والعدة بخلاف ما إذا وطئ جارية أخيه أو أخته وكذلك حربى أسلم ودخل دارنا فشرب الخمر وقال لم أعلم بالحرمة لم يحد بخلاف ما إذا زنى وبخلاف الذمي إذا أسلم ثم شرب الخمر وقال لم أعلم بحرمتها فإنه يحد هذا بناء على هذا الأصل الذي ذكرنا واما القسم الرابع فهو الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر انه يكون عذرا في الشرائع

---

(١) الأشباه والنظائر . السبكي، ٢٦١/٢

حتى أنها لا تلزمه لأن الخطاب النازل خفي فيصير الجهل به عذرا لأنه غير مقصر وإنما جاء من قبل خفاء الدليل في نفسه وكذلك الخطاب في أول ما ينزل فإن من لم يبلغه كان معذورا مثل ما روينا في قصة أهل قبا وقصة تحريم الخمر قال الله تعالى وما كان الله ليضيع إيمانكم وقال تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصلحت جناح فيما طعموا الآية فأما إذا انتشر الخطاب في دار الإسلام فقد تم التبليغ من صاحب الشرع فمن جهل من بعد فإنما أتى من قبل تقصيره لا من قبل خفاء الدليل فلا يعذر كمن لم يطلب الماء في العمران ولكنه تيمم والماء موجود فصلى لم يجزه وكذلك جهل الوكيل بالوكالة وجهل المأذون بالإذن يكون عذرا لأن فيه ضرب إيجاب وإلزام فلا بد من علم الا انه لا يشترط فيمن يبلغه العدالة و ان كان فضوليا لانه ليس بالزام محض بل هو مخير وجهل الوكيل بالعزل وجهل المأذون بالحجر وجهل مولى العبد الجاني فيما يتصرف فيه وجهل الشفيع بالشفعة يكون عذرا لأن الدليل خفي وفيه إلزام فشرط أبو حنيفة رحمه الله في الذي يبلغه من غير رسالة العدالة أو العدد وكذلك جهل المرأة البكر بانكاح الولى مثله وكذلك قوله في تبليغ الشرائع إلى الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا إذا لم يكن المبلغ رسول الأمام وكذلك جهل الأمة المنكوحة إذا اعتقت بالاعتاق أو بالخيار بعد العلم بالاعتاق يجعل عذرا لان الدليل خفي في حقها ولانها دافعة بخلاف الصغيرة البكر إذا بلغت وقد انكحها اخوها فلم يعلم بالخيار لم تعذر وجهل شكوتها رضي لأن دليل العلم في حقها مشهور غير مستور ولانها تريد بذلك الزام الفسخ ابتداء لا الدفع عن نفسها و المعتقة تدفع الزيادة عن نفسها ولهذا ." (١)

" إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال لأن في المراد بها معنى التردد فلا تكون موجبة للحكم ما لم يزل ذلك التردد بدليل يقترن بها وعلى هذا سمى الفقهاء لفظ التحريم والبينونة من كنايات الطلاق وهو مجاز عن التسمية باعتبار معنى التردد فيما يتصل به هذا اللفظ حتى لا يكون عاملا إلا بالنية فسمي كناية من هذا الوجه مجازا فأما إذا انعدم التردد بنية الطلاق فاللفظ عامل في حقيقة موجبه حتى يحصل به الحرمة والبينونة ومعلوم أن ما يكون كناية عن غيره فإن عمله كعمل ما جعل كناية عنه ولفظ الطلاق لا يوجب الحرمة والبينونة بنفسه فعرفنا أنه عامل بحقيقته وإنما سمي كناية مجازا إلا قوله اعتدي فإنه كناية لاحتماله وجوها متغايرة وعند إرادة الطلاق لا يكون اللفظ عاملا في حقيقته فإن حقيقته من باب العد والحساب وذلك محتمل عدد الأقراء وغير ذلك فإذا نوى الطلاق وكان بعد الدخول وقع الطلاق بمقتضاه من حيث إن الاحتساب بعدد الأقراء من العدة لا يكون إلا بعد الطلاق فكأنه صرح بالطلاق ولهذا كان

---

(١) أصول البزدوي، ص/٣٤٥

الواقع رجعيا ولا يقع به أكثر من واحدة وإن نوى وإن كان قبل الدخول يقع الطلاق به عند النية على أنه لفظ مستعار للطلاق شرعا فإن النبي صلى الله عليه و سلم قال لسودة اعتدي ثم راجعها وقال لحفصة اعتدي ثم راجعها وكذلك قوله استبرئي رحمك وكذلك قوله أنت واحدة فإن في قوله واحدة احتمال كونه نعتا لها أو للتطليقة فلا يتعين بدون النية وعند النية يقع الطلاق به بطريق الإضمار أي أنت طالق تطليقة واحدة ولهذا كان الواقع به رجعيا

ثم الأصل في الكلام الصريح لأنه موضوع للإفهام والصريح هو التام في هذا المراد فإن الكناية فيها قصور باعتبار **الاشتباه** فيما هو المراد ولهذا قلنا إن ما يندرىء بالشبهات لا يثبت بالكناية حتى إن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح كالزنا والسرقة لا يصير مستوجبا للعقوبة وإن ذكر لفظا هو كناية ولهذا لا تقام هذه العقوبات على الأخرس عند إقراره به بإشارته لأنه لم يوجد التصريح بلفظه وعند إقامة البينة عليه لأنه ربما يكون عنده **شبهة** لا يتمكن من إظهارها في إشارته وعلى هذا لو قذف رجل رجلا بالزنا فقال له رجل آخر صدقت فإن الثاني لا يستوجب الحد لأن ما يلفظ به كناية عن القذف لاحتمال مطلق التصديق وجوها مختلفة وكذلك لو قال لغيره أما أنا فلست بزان لا يلزمه حد القذف لأنه تعريض وليس بتصريح بنسبته إلى الزنا فيكون قاصرا في نفسه ." (١)

" الكتابة بقلم الوحي دليلا على أنها منزلة للفصل والكتابة بخط على حدة دليلا على أنها ليست من أول السورة وظاهر ما ذكر في الكتاب علماؤنا يشهد به فإنهم قالوا ثم يفتتح القراءة ويخفي بسم الله الرحمن الرحيم فقد قطعوا التسمية عن التعوذ وأدخلوها في القراءة ولكن قالوا لا يجهر بها لأنه ليس من ضرورة كونها آية من القرآن الجهر بها بمنزلة الفاتحة في الأخريين وإنما قالوا يخفي بها ليعلم أنها ليست بآية من أول الفاتحة فإن المتعين في حق الإمام الجهر بالفاتحة والسورة في الأوليين وعلى هذا نقول يكره للجنب والحائض قراءة التسمية على قصد قراءة القرآن لأن من ضرورة كونها آية من القرآن حرمة القراءة على الجنب والحائض ولكن لا يتأدى بها فرض القراءة في الركعة عند أبي حنيفة رحمه الله **لاشتباه** الآثار واختلاف العلماء وأدنى درجات الاختلاف المعتبر إيراث **الشبهة** به وما كان فرضا مقطوعا به لا يتأدى بما فيه **شبهة** ولسنا نعني **الشبهة** في كونها من القرآن بل في كونها آية تامة فإنه لا خلاف في أنها من القرآن في قوله تعالى وإنه بسم الله الرحمن الرحيم

---

(١) أصول السرخسي، ١٨٩/١

فإن قيل فقد أثبتم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات كونه قرآنا في حق العمل به ولم يوجد فيه النقل المتواتر ولم تثبتوا في التسمية مع النقل المتواتر كونها آية من القرآن في حكم العمل وهو وجوب الجهر بها في الصلاة وتأدي القراءة بها

قلنا نحن ما أثبتنا بقراءة ابن مسعود كون تلك الزيادة قرآنا وإنما جعلنا ذلك بمنزلة خبر رواه عن رسول الله صلى الله عليه و سلم لعلمنا أنه ما قرأ بها إلا سماعا من رسول الله صلى الله عليه و سلم وخبره مقبول في وجوب العمل به وبمثل هذا الطريق لا يمكن إثبات هذا الحكم في التسمية لأن برواية الخبر وإن علم صحته لا يثبت حكم جواز الصلاة ولأنه ليس من ضرورة كونها آية من القرآن وجوب الجهر بها على ما بينا أن الفاتحة لا يجهر بها في الأخريين وما كان ثبوته بطريق الاقتضاء يتقدر الحكم فيه بقدر الضرورة لأنه لا عموم للمقتضى

ثم قال كثير من مشايخنا إن إعجاز القرآن في النظم وفي المعنى جميعا خصوصا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حيث قالا بالقراءة بالفارسية في الصلاة لا يتأدى فرض القراءة وإن كان مقطوعا به أنه هو المراد لأن الفرض قراءة المعجز وذلك في النظم والمعنى جميعا

قال رضي الله عنه والذي يتضح لي أنه ليس مرادهم من هذا أن ." (١)

" نقل رجوعهما عن ذلك أيضا وكذلك خبر الصرف فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يجوز التفاضل مستدلا بقوله صلى الله عليه و سلم لا ربا إلا في النسيئة وقد نقل رجوعه عن ذلك فلشبهة الاختلاف في الصدر الأول قلنا بأنه لا يضلل جاحده ولكن يخشى عليه المأثم ولأن باعتبار رجوعهم يثبت الإجماع (وقد ثبت الإجماع) على قبوله من الصدر الثاني والثالث ولا يسع مخالفة الإجماع فلهذا يخشى على جاحده المأثم

وأما النوع الثالث فقد ظهر فيه الاختلاف في كل قرن فكل من ترجح عنده جانب الصدق فيه بدليل عمل به وكان له أن يخطىء صاحبه ولكن لا يخشى عليه المأثم في ذلك لأنه صار إليه عن اجتهاد والإثم في الخطأ موضوع عن المجتهد على ما نبينه إن شاء الله تعالى

وأما الغريب المستنكر فإنه يخشى المأثم على العامل به وذلك نحو خبر القتل في القسامة وخبر القضاء بالشاهد واليمين لأنه مخالف لظاهر القرآن وقد ترك العلماء في القرن الأول والثاني العمل به فبه يقرب من الكذب كما أن المشهور يقرب من الصدق بتلقيهم إياه بالقبول والعمل به فكما يخشى المأثم

---

(١) أصول السرخسي، ١/٢٨١

هناك على ترك العمل به لقربه من الصدق فكذلك يخشى على من يعمل بالغريب المستنكر لقربه من الكذب والثابت بمثله مجرد الظن ومن الظن ما يأثم المرء باتباعه قال تعالى وظننتم ظن السوء وقال تعالى إن بعض الظن إثم وهو نظير من يصير إلى التحري عند **اشتباه** القبلة فيعمل به مع وجود الدليل ويترك العمل بالدليل ولا شك في تأثيم من يدع العمل بالدليل ويعمل بالظن فهذا مثله والله أعلم

ذكر عيسى رحمه الله أنه ليس لما ينعقد به التواتر حد معلوم من حيث العدد وهو الصحيح لأن خبر التواتر يثبت علم اليقين ولا يوجد حد من حيث العدد يثبت به علم اليقين وإذا انتقص منه بفرد لا يثبت علم اليقين

ولكنا نعلم أن بالعدد اليسير لا يثبت ذلك لتوهم المواطأة بينهم وبالجمع العظيم يثبت ذلك لانعدام توهم ." (١)

" هذا قولا بزيادة خبره على خبر المعصوم عن الكذب

وأما من قال بأن خبر الواحد يوجب العلم فقد استدل بما روي أن النبي عليه السلام قال لمعاذ حين وجهه إلى اليمن ثم أعلمهم أن الله تعالى فرض عليهم صدقة في أموالهم ومراده الإعلام بالإخبار وأما إذا لم يكن خبر الواحد موجبا للعلم للسامع لا يكون ذلك إعلاما ولأن العمل يجب بخبر الواحد ولا يجب العمل إلا بعلم قال تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم ولأن الله تعالى قال في نبأ الفاسق أن تصيبوا قوما بجهالة وضد الجهالة العلم وضد الفسق العدالة ففي هذا بيان أن العلم إنما لا يقع بخبر الفاسق وأنه يثبت بخبر العدل

ثم قد يثبت بالآحاد من الأخبار ما يكون الحكم فيه العلم فقط نحو عذاب القبر وسؤال منكر ونكير ورؤية الله تعالى بالأبصار في الآخرة فبهذا ونحوه يتبين أن خبر الواحد موجب للعلم

ولكنا نقول هذا القائل كأنه خفي عليه الفرق بين سكون النفس وطمأنينة القلب وبين علم اليقين فإن بقاء احتمال الكذب في خبر غير المعصوم معاين لا يمكن إنكاره ومع **الشبهة** والاحتمال لا يثبت اليقين وإنما يثبت سكون النفس وطمأنينة القلب بترجح جانب الصدق ببعض الأسباب وقد بينا فيما سبق أن علم اليقين لا يثبت بالمشهور من الأخبار بهذا المعنى فكيف يثبت بخبر الواحد وطمأنينة القلب نوع علم من حيث الظاهر فهو المراد بقوله (ثم أعلمهم) ويجوز العمل باعتباره كما يجوز العمل بمثله في باب القبلة

---

(١) أصول السرخسي، ١/٢٩٤

عند **الاشتباه** وينتفي باعتبار مطلق الجهالة لأنه يترجح جانب الصدق بظهور العدالة بخلاف خبر الفاسق فإنه يتحقق فيه المعارضة من غير أن يترجح أحد الجانبين

فأما الآثار المروية في عذاب القبر ونحوها فبعضها مشهورة وبعضها آحاد وهي توجب عقد القلب عليه والابتلاء بعقد القلب على الشيء بمنزلة الابتلاء بالعمل به أو أهم فإن ذلك ليس من ضرورات العلم قال تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم وقال تعالى يعرفونه كما يعرفون أبناءهم فتبين أنهم تركوا عقد القلب على ثبوته بعد العلم به وفي هذا بيان أن هذه الآثار لا تنفك عن معنى وجوب ." (١)

" يذهبن السيئات ولهذا أوجبنا الكفارة على المخطىء والمكره والبار في اليمين والحنث جميعا بأن حلف لا يكلم هذا الكافر فيسلم ثم يكلمه ولهذا لم نوجب شيئا من هذه الكفارات على الكافر

فأما كفارة الفطر في رمضان فمعنى العقوبة فيها مرجح على معنى العبادة حتى إن وجوبها يستدعي جناية متكاملة عرفنا ذلك بخبر الأعرابي حيث قال هلكت وأهلكت

وقال عليه السلام من أفطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر فاتفق العلماء على أنه يسقط بعذر الخطأ **والاشتباه** فلما ظهر رجحان معنى العقوبة فيها من هذا الوجه جعلنا وجوبها بطريق العقوبة فقلنا إنها تندرىء بالشبهات حتى لا تجب على من أفطر بعد ما أبصر هلال رمضان وحده **للشبهة** الثابتة بظاهر قوله عليه السلام صومكم يوم تصومون أو بصورة قضاء القاضي يكون (اليوم) من شعبان ولم يوجب على المفطر في يوم إذا اعترض مرض أو حيض في ذلك اليوم لتمكن **الشبهة** ولم يوجب على من أفطر وهو مسافر وإن كان الأداء مستحقا عليه في ذلك الوقت بعينه بكونه مقيما في أول النهار ولم يوجب على من نوى قبل انتصاف النهار ثم أفطر **للشبهة** الثابتة بظاهر قوله عليه السلام لا صيام لمن لم يعزم الصيام من الليل وقلنا بالتداخل في الكفارات والاكتفاء بكفارة واحدة إذا أفطر في أيام من رمضان لأن التداخل من باب الإسقاط بطريق **الشبهة** وأثبتنا معنى العبادة في الاستيفاء لأنها سميت كفارة فإنه يجوز أن يكون الوجوب بطريق العقوبة والاستيفاء بطريق الطهرة كالحدود بعد التوبة ولا يجوز أن يكون الوجوب بطريق العبادة والاستيفاء بطريق العقوبة بحال

وما يجتمع فيه الحقان وحق الله فيه أغلب فنحو حد القذف عندنا

فأما حد قطاع الطريق فهو خالص لله تعالى بمنزلة العقوبات المحضة ولهذا لا نوجب على المستأمن إذا ارتكب سيئة في دارنا بمنزلة حد الزنا والسرقة بخلاف حد القذف وأما ما يجتمع فيه الحقان وحق العباد

---

(١) أصول السرخسي، ١/٣٢٩

أغلب فنحو القصاص فإن فيها حق الله تعالى ولهذا يسقط بالشبهات وهي جزاء الفعل في الأصل وأجزية الأفعال تجب لحق الله تعالى ولكن لما كان وجوبها بطريق المماثلة عرفنا أن معنى حق العبد راجح فيها وأن وجوبها للجيران بحسب الإمكان كما وقعت الإشارة إليه في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولهذا جرى فيه ." (١)

"ص -١٧٠-...الموجب في الأصل "إذ قد ثبت بالدليل" فلزمه القول بمقتضاه وهو ترتب الحكم عليه ويظهر أن الوجه الاقتصار على هذا أو حذف قوله لأنه معترف بصحة الموجب ووجوده لأن هذا تعليل لتسليمه واعترافه والفرض منعه حتى احتاج المستدل إلى إقامة الدليل عليه وخبر فقولهم "فيه نظر بل إذا أثبتهما" أي المستدل الوجود والاعتبار انتهض حينئذ "كالأول" أي مركب الأصل "فالأول" أي مثال مركب الأصل "قول شافعي" في كون الحر لا يقتل بعبد قتله المقتول "عبد فلا يقتل به الحر كالمكاتب المقتول عما بقي بكتابته ووارث غير سيده" لا يقتل قاتله الحر به. وإن اجتمع السيد ووارثه على طلب القصاص فيلحق العبد به هنا بجامع الرق "والحنفي يوافقه" أي الشافعي "فيه" أي في حكم الأصل وهو عدم قتل الحر بالمكاتب المذكور ويخالفه في العلة "فيقول العلة" عندي "جهالة المستحق" للقصاص "من السيد والورثة لاختلاف الصحابة في عبديته وحريته" أخرج البيهقي عن الشعبي كان زيد بن ثابت يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولا يرث ولا يورث وكان علي رضي الله عنه يقول إذا مات المكاتب وترك مالا قسم ما ترك على ما أدى وعلى ما بقي فما أصاب ما أدى فللورثة وما أصاب ما بقي فسلموا إليه وكان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي من مكاتبته ولورثته ما بقي وأخرج عبد الرزاق وغيره هذا الذي عن ابن مسعود عن علي أيضا واختلافهم يوجب اشتباه الولي فانتفى القصاص لأنه ينتفي بالشبهة "فإن صحت" علتي "بطل إلحاقك" العبد بالمكاتب في حكمه لعدم المشاركة في العلة "وإلا" أي وإن لم تصح علتي بل صحت علتك وهي العبدية "منعت حكم الأصل فيقتل الحر به" أي بالمكاتب لعدم المانع منه حينئذ فلم ينفك الحنفي في هذه الصورة عن عدم العلة في الفرع على تقدير كونها الجهالة أو منع الحكم في الأصل على تقدير أنها الرق فلا يتم القياس على التقديرين "ولا يتأتى" أي ولا يصح منع حكم الأصل "إلا من مجتهد" لجواز تبدله في نظره." (٢)

(١) أصول السرخسي، ٢/٢٩٦

(٢) التقرير والتحبير، ٥/٣٥٠

"العلماء" من أهل المدينة على ما في التهذيب "بعدم سقوطه" أي القصاص الثابت للورثة "بعفو أحدهم" حتى لو عفا أحدهم كان للباقين القتل هذا إذا لم يوجد الإجماع سابقا على هذا القول، أو لاحقا إن ثبت عمن يعتد بخلافه وإلا فالظاهر أن هذا مخالف للإجماع؛ لأن الاجتهاد، وإن كان يقتضي أن لكل ولاية الاستيفاء بعد عفو أحدهما لم يقل به أحد من الفقهاء فلا يكون ذلك الاجتهاد صحيحا وحينئذ، فإنما يكون هذا الجهل **شبهة** في إسقاط القود؛ لأنه جهل في موضع **الاشتباه** أما على التقدير الأول فلأنه علم وجوب القصاص وما ثبت فالظاهر بقاؤه، والظاهر يكون **شبهة** في درء ما يندرئ بالشبهات. وأما على التقدير الثاني فلأن الظاهر أن تصرف غيره في حقه غير نافذ عليه وسقوط القود لمعنى خفي، وهو أن القود لا يقبل التجزؤ فاشتبه عليه حكم قد يشتبه فيصير بمنزلة الظاهر في إيراث **الشبهة** "فصار" الجهل المذكور "**شبهة** تدرأ القصاص". وقد يسقط القود باعتبار الظن كما لو رمى إلى شخص ظنه كافرا، فإذا هو مسلم، وإذا سقط القود **بالشبهة** لزمه الدية في ماله؛ لأن فعله عمد ويحسب له منها نصف الدية؛ لأن بعفو شريكه وجب له نصف الدية على المقتول فيصير نصف الدية قصاصا بالنصف ويؤدي ما بقي أما لو." (١)

"خرج فيكون ظنه مجرد جهل، وهو لا يكون عذرا في دار الإسلام، وأما الثاني فلتعاضد علمه بكون الحديث على غير ظاهره، أو نسخه مع كون الفطر بها على خلاف القياس على وجوب الكفارة لانتفاء **الشبهة** حينئذ في وجوبها قالوا: وإن علم أن بعض العلماء قال بالفطر بها ولكن في هذا نظر "ومن زنى بجارية والده"، أو والدته "أو زوجته يظن حلها لا يحد" عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: يحد للوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه، أو عمه على ظن الحل وهم يقولون لا يحد "**للاشتباه**"؛ لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال فظنه حل الاستمتاع بأمتهم اعتماد على **شبهة** في ذلك فاندرأ الحد بها بخلاف الأخ، والعم، فإنه لا انبساط لكل منه، ومنهما في مال الآخر فدعوى ظنه الحل ليست معتمدة على **شبهة** فلا تعتبر "ولا يثبت نسب" بهذا الوطء، وإن ادعاه الواطئ "ولا عدة" أيضا على الموطوءة بهذا الوطء "لما" عرف "في موضعه" من أنه تمحض زنا إذ لا حق له في المحل، والولد للفراش وللعاهر الحجر ولا عدة من الزنا، وهذه إحدى الشبهتين الدارئتين للحد عندهم وتسمى **شبهة** في الفعل **وشبهة** **اشتباه**؛ لأنها إنما تؤثر في سقوط الحد على من اشتبه عليه لا على من لم يشتبه عليه كقوم سقوا خمرا على مائدة فمن علم بها." (٢)

---

(١) التقرير والتحبير، ١٥٤/٦

(٢) التقرير والتحبير، ١٥٦/٦

"واستدلوا على ذلك بأن حقيقة البيان الظهور وإزالة الخفاء لازمة له، ومن شرط اللفظ القابل للبيان أن يكون مجملا(١)، أو مشكلا(٢)، وكلاهما غير متحقق في الخاص، لأن الخاص قد وضع لمعنى واحد على الانفراد، فهر بين ظاهر بموجب الوضع اللغوي، فلو احتمل التصرف فيه ببيان آخر لكان في ذلك تحصيل الحاصل، وهو محال(٣)، قال البزدوي بعد أن بين حكم دلالة الخاص من حيث القطعية، وأنه يتناول المخصوص قطعا ويقينا بلا شبهة لما أريد به من الحكم، قال: (لكن لا يحتمل التصرف فيه بطريق البيان لكون بينا لما وضع له)(٤).

---

(١) المجمل: لغة المجموع، يقال: أجمل الحساب، إذا جمعه، واصطلاحا: لفظ احتمل معنيين فأكثر ولا مزية لأحدهما على الآخر، ومن أمثلته المشترك الذي خلا عن القرينة التي تبين أحد معانيه. المستصفى للغزالي ١/٣٤٥.

(٢) المشكل: لفظ خفي مدلوله لتعدد المعاني التي استعمل فيها، مع العلم أن اللفظ المشترك بين تلك المعاني مجاز، لكن يمكن معرفة المراد بالتأمل في قرينة المجاز، ومن أمثلته قوله تعالى: ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾مع قوله تعالى: ﴿نسآؤكم حرث لكم﴾، فأنى تأتي بمعنى (أين) وبمعنى (كيف) فاشتبه الأمر على السامع ويزول هذا الاشتباه بالتأمل في قرينة المجاز، وهي قوله تعالى: ﴿نسآؤكم حرث لكم﴾؛ فإنها تدل على أن المراد (بأنى) المعنى الثاني أي: (كيف شئتم إذا كان المأتي في موضع الحرث) وبدلالة الكتاب على تحريم القربان في الأذى، وهو قذر الحيض، أصول الخضري ص: ١٣٥.

(٣) كشف الأسرار على أصول البزدوي ١/٧٩.

(٤) أصول البزدوي ١/٧٩، وعبارة البزدوي اللفظ الخاص يتناول المخصوص قطعا ويقينا بلا شبهة لما أريد به من الحكم، ولا يخلو الخاص عن هذا في أصل الوضع، وإن اختمل التغيير عن أصل وضعه، لكن لا يحتمل التصرف فيه بطريق البيان؛ لكونه بينا لما وضع له).." (١)

"أفطر ، فأكل عمدا فلا كفارة عليه) ؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام = أفطر الحاجم والمحجوم = صار شبهة في درء الكفارة إذ هذه الكفارة مما يندرئ بالشبهة وكذا القصاص في المسألة السابقة (ومن زنى بجارية امرأته أو والده بظن أنها تحل له لا يحد ؛ لأنه موضع الاشتباه فتصير شبهة في درء الحد) حتى يندرئ الحد بهذه الشبهة (إلا في النسب ، والعدة) أي : لا يثبت النسب والعدة بهذه الشبهة ، وإن

---

(١) المطلق والمقيد وأثرهما في اختلاف الفقهاء، ١٢/٣٣

كانا يثبتان بالوطء بشبهة . (وكذا حربي أسلم فدخل دارنا فشرب خمرا جاهلا بالحرمة) أي : لا يحد ؛ لأن جهله يكون شبهة (لا إن زنى هو) أي : زنى حربي أسلم حيث يحد ؛ لأن جهله في حرمة الزنا لا يكون شبهة ؛ لأن الزنا حرام في جميع الأديان (أو شرب ذمي أسلم) أي : يجب الحد ؛ لأن حرمة الخمر شائعة في دار الإسلام والذمي ساكن فيها فلا يعذر بالجهل بحرمة الخمر فلا يصير شبهة في درء الحد (، وأما جهل يصلح عذرا) هذا هو النوع الرابع من الجهل (كجهل مسلم لم يهاجر بالشرائع وكذا إذا نزل خطاب ، ولم ينتشر بعد في دارنا كما في قصة أهل قباء) فإنهم إذ بلغهم تحويل القبلة وكانوا في الصلاة استداروا إلى الكعبة فاستحسن رسول الله عليه الصلاة والسلام وكانوا يقولون كيف صلاتنا إلى بيت المقدس قبل علمنا بالتحويل ، فأنزل الله تعالى = وما كان الله ليضيع إيمانكم = أي : صلاتكم إلى بيت المقدس (وقصة تحريم الخمر) = لما نزل تحريم الخمر قال الصحابة يا رسول الله فكيف بإخواننا الذين ماتوا وهم يشربون الخمر ، ويأكلون مال الميسر أي : بعد التحريم قبل بلوغ الخطاب إليهم ؟ فنزل قوله تعالى = ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا = = (فأما إذا انتشر التبليغ في ديارنا فقد تم التبليغ فمن جهل هنا يكون لتقصيره كمن لم يطلب الماء في العمرانات فتيمم وكان الماء موجودا لا يصح ، وكذا الجهل بأنه وكيل أو مأذون) أي : يكون عذرا (حتى إن تصرف لا يصح) أي : من الموكل فإن شراء الوكيل قبل العلم بالوكالة يقع عن الوكيل ولو باع مال الموكل قبل العلم بالوكالة يتوقف كبيع الفضولي (وكذا جهل الوكيل بالعزل ، والمأذون بالحجر والمولى بجناية العبد الجاني ، والشفيع بالبيع والأمة المنكوحة بالإعتاق أو بالخيار والبكر بالنكاح لا بالخيار) أي : جهل الوكيل بالعزل وجهل المأذون بالحجر عذر حتى إن تصرفا قبل العلم بالعزل والحجر يصح تصرفهما وكذا جهل المولى بجناية العبد الجاني عذر حتى لو باع العبد الجاني قبل العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء وكذا جهل الشفيع بالبيع حتى لو باع الشفيع الدار المشفوع بها بعد ما بيعت دار بجنبها لكن قبل علمه ببيعها لا يكون مسلما للشفعة ، والأمة المنكوحة إذا جهلت أن المولى أعتقها فسكتت عن فسخ النكاح فجهلها عذر حتى لا يبطل خيارها ، وكذا إذا علمت بالإعتاق ، ولكن جهلت أن لها خيار العتق فجهلها عذر حتى لا يبطل خيارها وإذا بلغت البكر التي زوجها غير الأب ، والجد جاهلة بالنكاح فسكتت فجهلها عذر فلا يكون سكوتها." (١)

(١) التوضيح على التنقيح، ١٦٠/٢

" الكفارة إذ هذه الكفارة مما يندرئ بالشبهة وكذا القصاص في المسألة السابقة ومن زنى بجارية امرأته أو والده بظن أنها تحل له لا يحد لأنه موضع الاشتباه فتصير شبهة في درء الحد حتى يندرئ الحد بهذه الشبهة إلا في النسب والعدة أي لا يثبت النسب والعدة بهذه الشبهة وإن كانا يثبتان بالوطء بشبهة

وكذا حربي أسلم فدخل دارنا فشرب خمرا جاهلا بالحرمة أي لا يحد لأن جهله يكون شبهة لا إن زنى هو أي زنى حربي أسلم حيث يحد لأن جهله في حرمة الزنا لا يكون شبهة لأن الزنا حرام في جميع الأديان أو شرب ذمي أسلم أي يجب الحد لأن حرمة الخمر شائعة في دار الإسلام والذمي ساكن فيها فلا يعذر بالجهل بحرمة الخمر فلا يصير شبهة في درء الحد وأما جهل يصلح عذرا هذا هو النوع

(١) ".

"ثم قال الزركشي : فلو التزم مذهبا معينا كمالك والشافعي ، واعتقد رجحانه من حيث الإجمال ، فهل يجوز أن يخالف إمامه في بعض المسائل، ويأخذ بقول غيره من مجتهد آخر ؟ فيه مذاهب :

أحدهما : المنع، وبه جزم الجيلي في الإعجاز، لأن قول كل إمام مستقل بآحاد الوقائع ، فلا ضرورة إلى الانتقال إلا للتشهي ، ولما فيه من اتباع الترخص والتلاعب بالدين .

الثاني : الجواز ، وهو الأصح ، لأن الصحابة لم يوجبوا على العوام تعيين المجتهدين، لأن السبب، وهو أهلية المقلد للتقليد، عام بالنسبة إلى قوله، وعدم أهلية المقلد مقتض لعموم هذا الجواب، ووجوب الاقتصار على مفت واحد يخالف صيغة الأولين(١).

ثم قال: واعلم أنا حيث قلنا بالجواز، فشرطه أن يعتقد رجحان ذلك المذهب الذي قلد في هذه المسألة . وعلى هذا فليس للعامي ذلك مطلقا، إذ لا طريق له إليه.

الثالث: أنه كالعامي، الذي لم يلتزم مذهبا معينا، فكل مسألة عمل فيها بقول إمامه ليس له تقليد غيره، وكل مسألة لم يعمل فيها بقوله فلا مانع فيها من تقليد غيره.

الرابع: إن كان قبل حدوث الحوادث فلا يجب التخصيص بمذهب. وإن حدث وقلد إماما في حادثة ، وجب عليه تقليده في الحوادث التي يتوقع وقوعها في حقه. وهو اختيار إمام الحرمين ، لأنه قبل تقرير المذاهب ممكن، أما بعده فلا، للخبط وعدم الضبط .

الخامس : إن غلب على ظنه أن بعض المسائل على مذهب غير مقلده أقوى من مقلده جاز ، قاله القدوري

(١) التوضيح في حل عوامض التنقيح، ٢/٣٨٨

الحنفي.
السادس: وهو اختيار ابن عبد السلام في القواعد، التفصيل بين أن يكون المذهب الذي أراد الانتقال عنه بما ينقض الحكم أولا. فإن كان الأول ليس له الانتقال إلى حكم يجب نقضه لبطلانه، وإن كان المأخذان متقاربين جاز التقليد والانتقال، لأن الناس لم يزالوا كذلك في عصر الصحابة إلى أن ظهرت المذاهب الأربعة.
السابع: واختاره ابن دقيق العيد ، وهو الجواز بشروط، وهي نفس الشروط التي ذكرها يحيى الزناتي من قبل.
ويظهر في كل ما تقدم أن الالتزام بمذهب معين ليس بواجب وليس في الشريعة نصوص تدل على هذا الوجوب . لكن العلماء خوفا من التلاعب بالدين وتقويض دعائم الشريعة ، والقضاء على سماحتها وحكمتها، حكموا بمنع التلفيق في التقليد، سدا للذريعة لما رأوا قلة الورع، واتباع الهوى. ومنهم من أجازه بكامل الاحتياط واشترط شروطا من شأنها أن تضمن المحافظة على حكمة الشريعة وسياستها .
وعلى هذا فإن إباحة التلفيق مطلقا خطير جدا ، ولاسيما في هذا العصر الذي تغلب فيه الهوى ، فضعف فيه الوازع الديني، وانحط فيه مستوى الالتزام بمبادئ الشريعة وأحكامها ، وكثر دعاة الإباحية والعلمانية والعقلانية . مع العلم أن غالب المتخرجين من أصحاب الشهادات لا يعتمدون على أصول صحيحة ، وليس لهم تطلع بعلم الفروع ولا باع يمكنهم من الإفتاء في الدين .
وجميع هذه الاعتبارات لا يمكن أن تكون مبررا للقول بمنع التلفيق ، ومنع الناس من أن ينالوا من رفق الله تعالى وتيسيره بحظ، ولو لم يكن فيه مشقة . وعلى المستفتي إذا كان من أرباب العزائم، وتحمل المشاق، والمقتنع بأسرار الشريعة ومقاصدها، أن يفتي بالأحوط أخذا بالورع والكمال ما لم تحق به نازلة تقتضي التخفيف فإنه يفتي بالأخف عليه من كل مذهب خشية العجز عن التكليف، فيما إذا شدد عليه بالمنع من التلفيق ومع كونه خاليا من دليل من الكتاب والسنة، يؤيد القول بهذا المذهب، فهو في الآن نفسه يتنافى مع يسر الإسلام ومرونته، ولا يتلاءم مع حاجيات هذا العصر وتطور الحياة الاجتماعية، لأن القضايا الفقهية المتجددة لا يمكن لها أن تحل إذا تقيدنا بمذهب فقهي واحد. وهذا التقيد يقف حجر عثرة أمام المسلمين لأن تعدد المذاهب الفقهية رحمة لهذه الأمة، فلا مانع من أن نستفيد من آراء مختلف الفقهاء والمجتهدين لدفع الحرج والمشقة.
ثم إن كل طبقة من طبقات العوام تفتى بما يناسبها تشديدا أوتخفيفا وفاقا لمقتضى اتساع الشريعة

وحكمتها، مع العلم أن مواطن المحظورات لا يسوغ للعلماء التلفيق بها ، سواء بالنسبة لهم أو لمن يستفتيهم ، إلا في مواطن الضرورة، إذ الضرورات تبيح المحظورات ، لكن ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها . وإنما لم يسغ التلفيق في المحظورات للقاعدة المقررة: إن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، وعلى قاعدة أنه ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام على الحلال.

أما المحظورات العائدة إلى حقوق العباد فمبناها صيانة الحق، ومنع الإيذاء. لذلك لا محل فيه للتلفيق لأنه ضرب من الاحتيال، والعدوان على الحق، وتطرق إلى إيذاء العباد. وذلك للحديث الوارد « لا ضرر ولا ضرار ».(٢)وحديث « لا تحاسدوا ولا تناجشوا ولا تباغضوا ولا تدابروا ولا يبع بعضكم على بيع بعض و كونوا عباد الله إخوانا. المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره. التقوى ها هنا ». ويشير إلى صدره ثلاث مرات « بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ».(٣).

كما لا يجوز للمقلد أو المفتي أن يختار للفتوى أقوالا أو أفعالا من نوادر العلماء وشواذهم الذين لم تبن أقوالهم وآراؤهم على قواعد شرعية واضحة، وإنما حكم عليها من أول يوم بالضعف، وأجمعوا على عدم الاعتماد عليها.

٤-الضابط في جواز التلفيق(٤):

ونخلص إلى القول بأن ضابط جواز التلفيق وعدم جوازه هو: أن كل ما أفضى إلى تقويض دعائم الشريعة والقضاء على سياساتها وحكمتها فهو محظور.

وأما إذا كان التلفيق يؤيد دعائم الشريعة وما ترمي إليه حكمتها وسياساتها ،الكفيلتان بسعادة الدارين تيسيرا عليهم في العبادات وصيانة لمصالحهم في المعاملات فهو مطلوب(٥).

قال يحيى الزناتي والروياني : " يجوز تقليد المذاهب في النوازل والانتقال من مذهب إلى مذهب بثلاثة شروط :

١- أن لا يجمع بينهما على وجه يخالف الإجماع . مثاله : من تزوج بغير صداق ولا ولي ولا شهود . فإن هذه الصورة لم يقل بها أحد .

٢- أن يعتقد فيمن يقلده الفضل بوصول أخباره إليه ولا يقلد أميا في عماية .

٣- أن لا يتتبع رخص المذاهب .

ثم قال : والمذاهب كلها مسالك إلى الجنة، وطرق إلى الخيرات فمن سلك منها طريقا وصله "(٦).

ثم عقب على ذلك بقول غيره (الزناتي) : يجوز تقليد المذاهب في النوازل والانتقال إليها في كل ما لا ينقض فيه حكم الحاكم وهو أربعة :

ما خالف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي .

فإن أراد – رحمه الله – بالرخص هذه الأربعة فهو حسن متعين ، فإن ما لا نقره مع تأكده بحكم الحاكم فأولى أن لا نقره قبل ذلك...(٧).

وإن أراد بالرخص : ما فيه سهولة على المكلف كيفما كان ، يلزمه أن يكون من قلد مالكا في المياه والأرواث ، وترك الألفاظ في العقود – مخالفا لتقوى الله تعالى وليس كذلك .

قال الإسنوي :وتعقب الأول : بأن الجمع المذكور ليس بضائر، فإن مالكا لم يقل: من قلد الشافعي في عدم الصداق أن نكاحه باطل، وإلا لزم أن تكون أنكحة الشافعي عنده باطلة ،ولم يقل الشافعي : إن من قلد مالكا في عدم الشهود أن نكاحه باطل، وإلا لزم أن تكون أنكحة المالكية بلا شهود باطلة.

قال الإسنوي : لكن في هذا التوجيه نظر غير خاف .

ووافق ابن دقيق العيد الروياني على اشتراط أن لا يجتمع في صورة يقع الإجماع على بطلانها، وأبدل الشرط الثالث، بأن لا يكون ما قلده فيه مما ينقض فيه الحكم لو وقع.

واقتصر الشيخ عز الدين بن عبد السلام على اشتراطه قال: وإن كان المأخذان متقاربين جاز.

والشرط الثاني: انشراح صدره للتقليد المذكور وعدم اعتقاده لكونه متلاعبا بالدين متساهلا فيه .

دليل هذا الشرط : قوله – صلى الله عليه وسلم – « البر حسن الخلق والإثم ما حاك فى صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس »(٨). فهذا التصريح بأن ما حاك في النفس ففعله إثم، اهـ.

قال الإسنوي : أما عدم اعتقاد كونه متلاعبا بالدين متساهلا فيه فلا بد منه.

وأما انشراح صدره للتقليد فليس على إطلاقه ، وفي مسند أحمد بلفظ « يا وابصة استفت قلبك واستفت نفسك ثلاث مرات البر ما اطمأنت إليه النفس والإثم ما حاك فى النفس وتردد فى الصدر وإن أفتاك الناس وأفتوك »(٩).

قال الحافظ المتقن ابن رجب في الكلام على هذا الحديث مشيرا للأول: إنه إشارة إلى أن الإثم ما أثر في الصدر حرجا وضيقا وقلقا واضطرابا فلم ينشرح له الصدر، ومع هذا فهو عند الناس مستنكر بحيث ينكرونه عند اطلاعهم عليه ، وهذا أعلى مراتب معرفة الإثم عند **الاشتباه** وهو ما استنكر الناس فاعله وغير فاعله.

ومن هذا قول ابن مسعود (فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون سيئا فهو عند

الله سيئ.)(١٠). ومشيرا إليه باللفظ الثاني (ما حاك في صدر الإنسان فهو إثم، وإن أفتاه غيره بأن ليس بإثم فهذه مرتبة ثانية، وهو أن يكون الشيء مستنكرا عند فاعله دون غيره، وقد جعله أيضا إثما ، وهذا إنما يكون إذا كان صاحبه ممن شرح صدره للإيمان. وكان المفتي له يفتي بمجرد الظن أو ميل إلى هوى من غير دليل شرعي .(١١)

فأما ما كان مع المفتي به دليل فالواجب على المستفتي الرجوع إليه وإن لم ينشرح له صدره، وهذا كالرخص الشرعية مثل الفطر في السفر والمرض وقصر الصلاة ونحو ذلك مما لا ينشرح به صدر كثير من الجهال فهذا لا عبرة فيه.

فعن عطاء سمعت جابر بن عبد الله فى أناس معه قال أهللنا أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فى الحج خالصا ليس معه عمرة – قال عطاء قال جابر – فقدم النبى – صلى الله عليه وسلم – صبح رابعة مضت من ذى الحجة فلما قدمنا أمرنا النبى – صلى الله عليه وسلم – أن نحل وقال « أحلوا وأصيبوا من النساء » . قال عطاء قال جابر ولم يعزم عليهم ولكن أحلهن لهم فبلغه أنا نقول لما لم يكن بيننا وبين عرفة إلا خمس أمرنا أن نحل إلى نسائنا فنأتى عرفة تقطر مذاكيرنا المذى قال ويقول جابر بيده هكذا وحركها فقام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال « قد علمتم أنى أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم ولولا هديي لحللت كما تحلون فحلوا فلو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما أهديت » . فحللنا وسمعنا وأطعنا (١٢).

وكما أمرهم بنحر هديهم والتحلل من عمرة الحديبية فكرهوه، وكرهوا مفاوضته لقريش على أن يرجع من عامه وعلى أن من أتاه منهم يرده إليهم.

وبالجملة: فما ورد به النص فليس للمؤمن إلا طاعة الله ورسوله كما قال تعالى ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ [الأحزاب: ٣٦] وينبغي أن يتلقى ذلك بانشراح الصدر والرضى، فإن ما شرعه الله ورسوله يجب الرضى والإيمان به والتسليم له كما قال تعالى ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ [النساء: ٦٥].وأما ما ليس فيه نص عن الله ورسوله ولا عمن يقتدى بقوله من الصحابة وسلف الأمة – فإذا وقع في نفس المؤمن المطمئن قلبه بالإيمان المنشرح صدره بنور المعرفة واليقين شيء وحاك في صدره لشبهة موجودة ولم يجد من يفتي فيه بالرخصة إلا من يخبر عن رأيه وهو ممن لا يوثق بعمله ولا دينه بل هو معروف باتباع الهوى – فهنا يرجع المؤمن إلى ما حاك في صدره وإن أفتاه هؤلاء المفتون، وقد نص

الإمام أحمد على مثل هذا اهـ(١٣)..

والحق في مسألة التلفيق أنها كمسألة إحداث قول ثالث فيما إذا اختلفوا على قولين فقط – فكما أن الحق أن المجتهد لا يجوز أن يحدث قولا ثالثا إذا خرق إجماع المجتهدين في عصر، كمسألة الجد مع الإخوة، حيث اختلفوا في أن يشارك الأخوة أو يختص هو بالميراث ويحجب الأخوه، فهذا إجماع منهم على عدم حرمانه.

كذلك الحق هنا أن المقلد إذا قلد لا يجوز أن يلفق بين مذهبين في صورة لا يقول بها أحد من المجتهدين كافة، بأن تكون المسألة واحدة، حقيقة أو حكما ، أي بحيث لو لفق العمل بصورة لا يقول بها أحد منهم ويكون العمل فيها على خلاف إجماعهم .

ولذلك قال في مسلم الثبوت وشرحه بعد أن نقل جواز تتبع رخص المذاهب ما نصه : إنه لا يجوز للعامي تتبع الرخص إجماعا . فأجيب بمنع هذا الإجماع إذ في تفسيق متتبع الرخص عن الإمام أحمد روايتان فلا إجماع، ولعل رواية التفسيق إنما هو فيما إذا قصد التلهي فقط لا غيره(١٤).

وقال في (التقرير على التحرير): وحمل القاضي أبو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد(١٥).

وذكر بعض الحنابلة : إن قوي الدليل أو كان عاميا لا يفسق.

وفي روضة النووي : وأصلها عن حكاية الحناطي وغيره عن ابن أبي هريرة أن لا يفسق به .

ثم لعله محمول على نحو ما يجتمع له من ذلك ما لم يقل بمجموع مجتهد . فأين الإجماع بعد هذا ؟ !

وما أورد أنه يلزم على تقدير جواز الأخذ بكل مذهب احتمال الوقوع في خلاف المجمع عليه إذ ربما يكون المجموع الذي عمل به لم يقل به أحد فيكون باطلا إجماعا.. كمن تزوج بلا صداق عملا بقول الإمامين أبي حنيفة والشافعي : ولا شهود، اتباعا لقول الإمام مالك ولا ولي، على قول الإمام أبي حنيفة – فهذا النكاح باطل اتفاقا . أما عندنا فلانتفاء الشهود ، وأما عند غيرنا فلانتفاء الولي، فهو مندفع لعدم اتحاد المسألة، وإن الإجماع على نفي القول الثالث إنما يكون إذا اتحدت المسألة حقيقة أو حكما.

ولأنه لو تم لزم استفتاء مفت معين وإلا احتمل الوقوع فيما ذكر .

فأنت ترى أن يؤخذ من هذا أن مسألة التلفيق مبنية على مسألة إحداث قول ثالث، فهو إنما يمتنع إذا تحقق أن المجموع الذي عمل به مخالف لإجماع جميع المجتهدين بحيث لو وجد مجتهد لم يجز له أن يقول بهذا المجموع، وهيهات أن يتحقق ذلك.

- - - - - - - - - - - - - - - -

الفصل الرابع

قضايا تتعلق بالتقليد

المبحث الأول – حكم من قال: أنا أتبع الكتاب والسنة فقط :

سئل ابن تيمية رضي الله عنه ما تقول السادة العلماء أئمة الدين – رضي الله عنهم أجمعين – في رجل سئل إيش مذهبك ؟ فقال : محمدي أتبع كتاب الله وسنة رسوله محمد – صلى الله عليه وسلم – فقيل لا : ينبغي لكل مؤمن أن يتبع مذهبا ومن لا مذهب له فهو شيطان فقال : إيش كان مذهب أبي بكر الصديق والخلفاء بعده – رضي الله عنهم – ؟ فقيل له : لا ينبغي لك إلا أن تتبع مذهبا من هذه المذاهب فأيهما المصيب ؟ أفتونا مأجورين(١٦).

فأجاب :

الحمد لله . إنما يجب على الناس طاعة الله والرسول وهؤلاء أولوا الأمر الذين أمر الله بطاعتهم في قوله : ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ..﴾ (٥٩) سورة النساء ،إنما تجب طاعتهم تبعا لطاعة الله ورسوله لا استقلالا ثم قال : ﴿ فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ (٥٩) سورة النساء .

وإذا نزلت بالمسلم نازلة فإنه يستفتي من اعتقد أنه يفتيه بشرع الله ورسوله من أي مذهب كان ، ولا يجب على أحد من المسلمين تقليد شخص بعينه من العلماء في كل ما يقول ، ولا يجب على أحد من المسلمين التزام مذهب شخص معين غير الرسول – صلى الله عليه وسلم – في كل ما يوجبه ويخبر به ، بل كل أحد من الناس يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – (١٧). واتباع شخص لمذهب شخص بعينه لعجزه عن معرفة الشرع من غير جهته إنما هو مما يسوغ له ليس هو مما يجب على كل أحد إذا أمكنه معرفة الشرع بغير ذلك الطريق، بل كل أحد عليه أن يتقي الله ما استطاع ويطلب علم ما أمر الله به ورسوله فيفعل المأمور ويترك المحظور . والله أعلم " .

قلت : لم يجهز على الجواب كما ترى ، وفي جواب ذاك الرجل عدة مغالطات أهمها :

قوله عن مذهبه (محمدي أتبع كتاب الله وسنة رسوله محمد – صلى الله عليه وسلم –)

فهذا فيه مغالطة مكشوفة ، فهل للأئمة أو أتباعهم مذهب غير ذلك ؟.

وهل كانوا متبعين غير الكتاب والسنة ؟!!

وهل وصل لنا القرآن والسنة إلا من طريقهم ؟

وهل بمقدور أي واحد منا أن يستنبط الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة مباشرة ، أم أنه سيقلد المفسرين، وسيقلد المحدثين ،وسيقلد علماء الجرح والتعديل ، وسيقلد... فهل هذا متبع للكتاب والسنة أم أنه مقلد لغيره سواء أكان المقلد مصيبا أم مخطئا ؟

فهذا غير مقدور لسائر الناس ، فكيف بمن يحرم التقليد ، ويدعو الناس لاتباع الكتاب والسنة على حد زعمه ؟!!

وهو لا يعدو إلا أن يكون مقلدا لهذا أو ذاك !!!

وأما قول من قال: (ينبغي لكل مؤمن أن يتبع مذهبا، ومن لا مذهب له فهو شيطان)

نعم فهو قول صحيح بالنسبة للغالبية العظمى من الأمة ، لأنهم غير قادرين على تمييز الغث من السمين ، والصحيح من الضعيف ، ولا شك أن الشيطان يسول لبعض الناس ذلك ، فيقول لهم : أنتم أعلم من الأئمة ، فما وصلكم من كتب التفسير وكتب الحديث وشروحها وكتب الفقه وكتب الأصول وكتب اللغة أكثر مما وصل للأئمة السابقين ، فأنتم أعلم منهم ، فهم رجال وأنتم رجال !!!(١٨)

فيصدقونه بهذا ، ثم يتحللون من المذاهب وأصحابها ، ثم يدعون الاجتهاد، ويأمرون الناس بذلك ، ومن لم يوافقهم في هذا الزعم فهو مخالف للكتاب والسنة، متبع غير سبيل المؤمنين ؟!!

بل ويحفظون عددا من الآيات والأحاديث التي يخيفون بها من خالفهم ، بأنه مبتدع في الدين ، والنصوص قد نهت عن التقليد ، والأئمة قد نهوا عنه أيضا .

وفات هؤلاء الجهال أن أول من شرع التقليد هو رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ، ففي سنن أبى داود(٢٣٤٢)عن ابن عباس قال جاء أعرابى إلى النبى – صلى الله عليه وسلم – فقال إنى رأيت الهلال – يعنى رمضان – فقال :« أتشهد أن لا إله إلا الله ». قال نعم. قال: « أتشهد أن محمدا رسول الله ». قال نعم. قال « يا بلال أذن فى الناس فليصوموا غدا ». وهو حديث صحيح ولا حجة لمن ضعفه .(١٩)

---

(١) – البحر المحيط للزركشي: ٦ /٣٢٠.

(٢) – موطأ مالك(١٤٣٥) صحيح لغيره

(٣) – صحيح مسلم(٦٧٠٦)

(٤) – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – (ج ٢ / ص ١٥٦٥٥)

(٥) – الباني: عمدة التحقيق بتصرف (ص١١١ – ٢٢٠).

(٦) – القرافي: شرح تنقيح الفصول (ص ٤٣٢).

(٧) – أمير بادشاه على التحرير ٣ / ٣٥٢.

(٨) – صحيح مسلم(٦٦٨٠)

(٩) – مسند أحمد (١٨٤٩١) وفيه لين

(١٠) – المعجم الأوسط للطبراني(٣٧٤٠) حسن

(١١) – الإسنوي: نهاية السول ٤ / ٦٢٧.

(١٢) – صحيح البخارى(٧٣٦٧)

(١٣) – الإسنوي: نهاية السول. ٣ / (٦٢٦ – ٦٢٩). و جامع العلوم والحكم ٢٤٠ الحديث السابع والعشرون

(١٤) – فواتح الرحموت بهامش المستصفى ٢ / ٢٠٦.

(١٥) – التقرير ٣ / ٣٥١.

(١٦) – مجموع فتاوى ابن تيمية – (ج ٤ / ص ٢٨٠)

(١٧) – مجموع الفتاوى – (ج ٢ / ص ٢٢٧) و (ج ١٣ / ص ٢٥٩) و (ج ٢٠ / ص ٢٠٩) و (ج ٢٠ / ص ٢١١) و (ج ٢٠ / ص ٢٣٢) و (ج ٢٧ / ص ٢٤١) و (ج ٣٣ / ص ٢٨) و (ج ١ / ص ٢١٠) والفتاوى الكبرى – (ج ٤ / ص ٣٠٠) و (ج ٧ / ص ١١٢) وفتاوى الشبكة الإسلامية معدلة – (ج ٤ / ص ٩٦٧) و (ج ٤ / ص ٩٩٦٧) و(ج ٦ / ص ٤٩) و (ج ٦ / ص ٤٩) و (ج ٩ / ص ٤٦٦٩) و (ج ١٠ / ص ١٠٥١) ومن أصول الفقه على منهج أهل الحديث – الرقمية – (ج ١ / ص ١٧٥)

(١٨) – قلت : فهم لا يشتركون معهم إلا بالصفات الجبلية الخلقية فقط .

(١٩) – سنن الترمذى (٦٩٥) والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم قالوا تقبل شهادة رجل واحد فى الصيام . وبه يقول ابن المبارك والشافعى وأحمد وأهل الكوفة. قال إسحاق لا يصام إلا بشهادة رجلين. ولم يختلف أهل العلم فى الإفطار أنه لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين.." (١)

"وضع الشرع) : أي دليل وضعه الشرع لأجل العمل به وإن وقع خطأ فإن الشرع وضع القياس بطريقه وهو أن يجتهد في المنصوص ويبين الوصف المؤثر ويحافظ شرائطه فيكون كل قياس صحيحا بوضع الشرع

---

(١) الخلاصة في أحكام الاجتهاد والتقليد، ص/١٥٣

فلا يكون التعارض بناء على الجهل من هذا الوجه ، فأما في الحقيقة أي في إصابة الحق حقيقة ووقوع العلم فلا أي لم يضعه الشرع طريقا إليه فيكون سبب التعارض الجهل من هذا الوجه . إلا أنه : أي لكن القايس لما كان مأجورا على عمله أي اجتهاده أخطأ الحق أو أصاب وجب التخيير أي الحكم بالتخيير لاعتبار **شبهة** الحقيقة : أي بالنظر إلى كون كل واحد منهما حقا في وجوب العمل ، ووجب العمل بشهادة القلب طلبا للحق حقيقة ؛ لأنه واحد ، ولهذا كان له أن يعمل بأحدهما بشهادة قلبه وليس له أن يعمل بالقياسين جميعا كما قال الشافعي رحمه الله ؛ لأن الحق لما كان واحدا كان الجمع بينهما في العمل جمعا بين الحق والباطل كذا قال أبو اليسر ؛ لأنه أي المذكور وهو شهادة القلب دليل لطلب الحق عند الضرورة وهي انقطاع الأدلة كما في **اشتباه** القبلة وغيره ، والفراسة نظر القلب بنور يقع فيه .." (١)

"(٢) قوله كظنه حل وطء جارية زوجته لأنه وإن كان زنا لعدم الملك وحق التملك فيها غير أن البسوطة تجري بينهما في الانتفاع بالأموال والرضى بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بالمال شرعا فإذا ظن الوطء من هذا القبيل يعذر لأن وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه الحل **والاشتباه** في محله معذور فيه قوله أو أبيه لو قال أو أصله وإن علا لكان أولى قوله ولو ادعى أحدهما الظن قال في البحر أطلق في ظن الحل فيشمل ظن الرجل وظن الجارية فإن ظنا فلا حد وإن علما الحرمة وجب الحد وإن ظنه الرجل وعلمتها الجارية أو العكس فلا حد لأن **الشبهة** إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة كذا في المحيط قوله والآخر لم يدع يشمل الشاك والعالم بالحرمة قوله **والشبهة** في المحل في ستة مواضع قيل عليه المذكور في الكتب خمسة وقد عدوا الجارية الممهورة من أفراد **الشبهة** في المحل في غيره من كتب الفقه فالظاهر أنه سقط من قلم الناسخ انتهى أقول هذا على ما في نسخه وأما على ما هو ثابت في أكثر النسخ فلا سقط ﷺ." (٣)

"(٤) مخالفا للكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه يصلح عذرا كالمحجم أفطر على ظن أن الحجامة مفطرة لا تلزمه الكفارة لأن جهله في موضع الاجتهاد الصحيح فإن الحجامة تفسد الصوم عند الإمام الأوزاعي لقوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم وهذا إذا كان ظنه مبنيا على فتوى مفت أو

---

(١) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣٨/١

(٢) ٣٨٠

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٣٨٠/١

(٤) ٣٠٠

سماع حديث أما إذا كان غير مبني على أحدهما يلزمه القضاء والكفارة بالاتفاق بخلاف المغتاب لو أفطر على ظن أن الغيبة فطرته لقوله عليه السلام الغيبة تفطر الصائم لأنه مؤول بالإجماع فلا يكون جهله في موضع الاجتهاد الصحيح قوله على ظن أنها تحل له فإن الحد لا يجب عليه عندنا خلافا لزفر لأن الأملاك متصلة بين الآباء والأبناء والزوجين والمنافع دائرة ولهذا لا نقبل شهادة أحدهما للآخر فيكون محلا **للاشتباه** فيصير الجهل **شبهة** فتصلح دارئة للحد ويسمى هذا **شبهة** **الاشتباه** فلا يثبت بها النسب وإن ادعى ولدها ولا تجب العدة بخلاف ما إذا وطئ الأب جارية ابنه حيث يثبت النسب إذا ادعى ولدها وإن قال علمت أنها علي حرام لأن **الشبهة** نشأت فيه عن الدليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك **وشبهة** الدليل أقوى من **شبهة** **الاشتباه** قوله والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر أي الجهل بالشرائع من مسلم أسلم فيها قوله وإنه يكون عذرا حتى لو مكث فيها ولم يعلم أن عليه الصلاة والزكاة وغيرهما ولم يؤدها لا يلزم عليه قضاؤها خلافا لزفر لخفاء الدليل في حقه وهو الخطاب لعدم بلوغه إليه حقيقة بالسماع وتقديرا بالشهرة فيصير جهله عذرا بخلاف الذمي إذا أسلم في دار الإسلام لشيوع الأحكام والتمكن من السؤال ﷺ." (١)

"(٢) قوله ولا يصلي إلا بقناع أي يستحب أن يتقنع للصلاة لأنه أقرب للستر ولأنه إن كان رجلا فالقناع لا يمنع الجواز وإن كان أنثى فإنها تؤمر بالتقنع في صلاتها إذا كانت مراهقة فعند **الاشتباه** ترجح هذا الجانب كذا في المبسوط فعلم بهذا أن الاستحباب إذا كان مراهقا ولهذا لو صلى بغير قناع أجزأه ولم يؤمر بالإعادة وأما إذا كان بالغا بأن بلغ بالسن ولم يظهر شيء من علامات الرجال أو النساء لا تجزيه الصلاة بغير قناع لأن الرأس من الحرة البالغة عورة والصلاة متى جازت من وجه وفسدت من وجه حكم بالفساد احتياطا ولهذا لو صلى بغير قناع تجب الإعادة كذا في المبسوط والذخيرة قوله ويقوم أمام النساء إلخ يعني إذا صلى خلف الإمام يتقدم على صف النساء ويتأخر عن صف الرجال والصبيان فلا يتخلل الرجال كي لا تفسد الصلاة عليهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتخلل النساء كي لا تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل وإن قام في صف النساء فصلى يعيد صلاته على وجه الاستحباب لاحتمال أنه رجل نص عليه في الهداية وإنما قال باستحباب الإعادة دون الوجوب مع أن فيها جهة الفساد وفي العبادات جهة الفساد راجحة لأن المسقط وهو أداء الصلاة معلوم والمفسد وهو المحاذاة موهوم إذ فساد الصلاة بجهة المحاذاة

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٣/٣٠٠

(٢) ٣٧٤

مختلف فيه وفي كونه رجلا أيضا شبهة فصار بمنزلة شبهة الشبهة فلذلك قال بالاستحباب دون الوجوب أشار إليه في المبسوط قوله ويوضع في الجنازة خلف الرجال إلخ يعني إذا اجتمعت الجنائز يجعل الرجال مما يلي الإمام والصبيان بعده والخناثى بعده مما يلي القبلة أقول في شرح جامع الصغير للتمرتاشي ما يخالفه فإنه قال فإن قام الخنثى في صف النساء تجب عليه الإعادة لاحتمال أنه ذكر وكذا لو قام في صف الرجال تجب الإعادة على من ﷺ." (١)

"(٢) قوله وفي النكاح الفاسد عطف على قوله في النكاح أي ولا يتعدد في النكاح الفاسد قال المصنف في البحر عند قوله في النكاح إنما يجب مهر المثل بالوطء وأفاد المصنف بإطلاقه أنه لا يجب بالجماع فيه ولو تكرر إلا مهر واحد ولا يتكرر المهر إلا بتكرر بالوطء والأصل أن بالوطء متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا لم يجب إلا مهر واحد لأن بالوطء الثاني صادف ملكه كالوطء الفاسد وكما لو وطئ جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو وطيء منكوحته ثم بان أنه حلف بطلاقها قوله ويتعدد بوطء الابن جارية أبيه قال المصنف في البحر ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مرارا فإنه يجب بكل وطء مهر على حدة لأن كل وطء صادف ملك الغير كوطء الابن جارية أبيه أو جارية أمه أو جارية امرأته وقد ادعى الشبهة فعليه لكل وطء مهر ومنه وطء الجارية المشتركة مرارا فعليه لكل وطء نصف مهر ولو وطئ مكاتبته بينه وبين غيره فعليه في نصفه نصف مهر واحد وعليه في نصف شريكه لكل وطء نصف مهر وذلك كله للمكاتبة قوله يجب مهران فيما إذا زنى بامرأة إلخ وجه ذلك أن أول الفعل كان حراما إلا أن الفعل في حق قضاء الشهوة إذا تعدد كفعل واحد فإذا صار حلالا في آخره لا يجب الحد بأوله فصار آخر الفعل شبهة في أوله والفعل الحرام لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فإذا انتفى العقوبة بقيت الغرامة فيجب مهر المثل ويجب المسمى بالعقد لأن المسمى تأكد بالخلوة فبإتمام المهر أولى قوله ومهران ونصف أقول مهر بالطلاق قبل الدخول فإذا دخل بها ﷺ." (٣)

"(٤) قوله فقل من كان إسلامه تبعا قال في المحيط كل من حكم بإسلامه تبعا إذا بلغ كافرا يجبر على إسلامه ولا يقتل استحسانا كذا في الذخائر قوله أو فيه شبهة أي إلخ في إسلامه وصورة ذلك رضيع

---

(١) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ٣/٣٧٤

(٢) ٣٩

(٣) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ٣٩/٤

(٤) ١٩١

مسلم ماتت أمه فأعطاه أبوه ليهودية ترضعه مع ابن لها وماتت اليهودية واشتبه الحال أيهما ولد المسلم ولم يحصل التميز بوجه وبلغا على اليهودية فابن المسلم مسلم تبعا وقد ارتد ولا يلزم واحد منهما بالإسلام **للاشتباه** وأحدهما مرتد ولا يلزم بالإسلام لعدم تعينه فلا يقتل قوله أي حصن لا يجوز قتله كذا بخط المصنف وهو من قبيل مجاز الحذف على حد قوله تعالى واسأل القرية وعبارة الذخائر إن قيل أي حصن فيه جماعة من الكفار وافتتحه المسلمون عنوة ولم يؤمنوا من فيه ومع هذا لا يحل لهم قتلهم قوله فقل إذا كان فيهم ذمي لا يعرف يعني لا يجوز قتلهم لقيام المانع بيقين ﷺ." (١)

"القاعدة السادسة : ﴿ الحدود تدرأ بالشبهات ﴾ ١ - ، وهو حديث رواه الأسيوطي ، معزيا إلى ابن عدي من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ﴿ ادفعوا الحدود ما استطعتم ﴾ ، وأخرج الترمذي ، والحاكم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ﴿ ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ٢ - فإن وجدتم للمسلمين مخرجا فخلوا سبيلهم ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة ﴾ ، وأخرج الطبراني عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفا (ادرءوا الحدود والقتل عن عباد الله ما استطعتم) ، وفي فتح القدير : أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحديث المروي في ذلك متفق عليه ، وتلقته الأمة بالقبول .

والشبهة ما يشبه الثابت ، وليس بثابت ، وأصحابنا رحمهم الله قسموها إلى **شبهة** في الفعل ، وتسمى **شبهة الاشتباه** ، وإلى **شبهة** في المحل ؛ فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل ، والحرمة فظن غير الدليل دليلا فلا بد من الظن ، وإلا فلا **شبهة** أصلا .

كظنه حل وطء جارية زوجته ٤ - أو أبيه أو أمه أو جده ، وإن علا ، ووطء المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال ، والمختلعة أو أم الولد إذا أعتقها ، وهي في العدة ، ، ووطء العبد جارية مولاه ، والمرتهن في حق المرهونة في رواية ، ومستعير الرهن كالمرتهن .

ففي هذه المواضع لا حد إذا قال : ظننت أنها تحل لي ، ولو قال : علمت أنها حرام علي وجب الحد ، ٥ - ولو ادعى." (٢)

"أحدهما الظن ٦ - والآخر لم يدع ، لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة

sقوله : وهو حديث ذكر الضمير الراجع للقاعدة مراعاة للخبر .

---

(١) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ١٩١/٤

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣٠٥/٢

(٢) قوله : فإن وجدتم للمسلمين مخرجا فخلوا سبيله ، أرجع ضمير الأفراد على الجمع باعتبار واحده . قوله : كظنه حل وطء جارية زوجته ؛ لأنه وإن كان زنا ؛ لعدم الملك ، وحق التملك فيها ؛ غير أن البسوطة تجري بينهما في الانتفاع بالأموال ، والرضى بذلك عادة ، وهي تجوز الانتفاع بالمال شرعا ، فإذا ظن الوطء من هذا القبيل يعذر ؛ لأن وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه الحل ، والاشتباه في محله معذور فيه .

(٤) قوله : أو أبيه : لو قال أو أصله ، وإن علا لكان أولى .

(٥) قوله : ولو ادعى أحدهما الظن ، قال في البحر : أطلق في ظن الحل فيشمل ظن الرجل ، وظن الجارية فإن ظنا فلا حد ، وإن علما الحرمة وجب الحد ، وإن ظنه الرجل ، وعلمتها الجارية أو العكس فلا حد ؛ لأن الشبهة إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة كذا في المحيط .

(٦) قوله : والآخر لم يدع : يشمل الشاك ، والعالم بالحرمة." [1]

"ولو تكرر الوطء بشبهة ، واحدة ، فإن كانت شبهة ملك لم يجب إلا مهر واحد ؛ لأن الثاني صادف ملكه ، وإن كانت شبهة اشتباه ، وجب لكل وطء مهر ؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير ، فالأول كوطء جارية ابنه أو مكاتبه ، والمنكوحة فاسدا ، ومن الثاني كوطء أحد الشريكين الجارية المشتركة .

لو وطئ مكاتبة مشتركة مرارا اتحد في نصيبه لها ، وتعدد في نصيب شريكه ، والكل لها ١١ – ولا يتعدد في الجارية المستحقة ، كذا في الظهيرية .

(١٠) قوله : ولو تكرر الوطء بشبهة واحدة ، ولو وطئ مكاتبة مشتركة مرارا اتحد في نصفه إلخ : أي عليه في نصفه نصف مهر ، وعليه في نصف شريكه بكل وطء نصف مهر (١١) قوله : ولا يتعدد في الجارية المستحقة .

أقول : لأن وطأه كان على ظن الملك كما لو وطئ منكوحته مرارا ثم بان أنه حلف بطلاقها ، يلزمه مهر واحد فكذا هنا ، وهذا مما خرج عن القاعدة لا عبرة بالظن البين خطؤه." [2]

"(٤٧) قوله : والثاني : الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح .

يعني بأن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه يصلح عذرا كالمحجم أفطر على ظن أن

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣٠٦/٢

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣٤٠/٢

الحجامة مفطرة لا تلزمه الكفارة ؛ لأن جهله في موضع الاجتهاد الصحيح ، فإن الحجامة تفسد الصوم عند الإمام الأوزاعي لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ أفطر الحاجم والمحجوم ﴾ وهذا إذا كان ظنه مبنيا على فتوى مفت أو سماع حديث أما إذا كان غير مبني على أحدهما يلزمه القضاء والكفارة بالاتفاق بخلاف المغتاب لو أفطر على ظن أن الغيبة فطرته لقوله عليه السلام ﴿ الغيبة تفطر الصائم ﴾ " ؛ لأنه مؤول بالإجماع فلا يكون جهله في موضع الاجتهاد الصحيح .

(٤٨) قوله : على ظن أنها تحل له فإن الحد لا يجب عليه عندنا خلافا لزفر ؛ لأن الأملاك متصلة بين الآباء والأبناء والزوجين ، والمنافع دائرة ؛ ولهذا لا نقبل شهادة أحدهما للآخر فيكون محلا للاشتباه فيصير الجهل شبهة فتصلح دارئة للحد ويسمى هذا شبهة الاشتباه فلا يثبت بها النسب ، وإن ادعى ولدها ، ولا تجب العدة بخلاف ما إذا وطئ الأب جارية ابنه حيث يثبت النسب إذا ادعى ولدها وإن قال علمت أنها علي حرام ؛ لأن الشبهة نشأت فيه عن الدليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾ " وشبهة الدليل أقوى من شبهة الاشتباه." (١)

"تقسيم : في العقود : ١٠ - البيع نافذ وموقوف ولازم وغير لازم وفاسد وباطل .

وضبط الموقوف في الخلاصة في خمسة عشر ، وزدت عليها ثمانية : تكميل : ١١ - الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان ١٢ - وفي النكاح كذلك ، لكن قالوا : نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ فلا حد ، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد ، وفي جامع الفصولين : نكاح المحارم ؛ قيل باطل وسقط الحد لشبهة الاشتباه ، وقيل فاسد وسقط الحد لشبهة العقد (انتهى) .

وأما في البيع ، فمتباينان فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه ، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض ، وحكم الثاني أنه يملك به .

وأما في الإجارة فمتباينان ؛ قالوا لا يجب الأجر في الباطلة ، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك ، ويجب أجر المثل في الفاسدة ، وأما في الرهن فقال في جامع الفصولين : ١٣ - فاسده يتعلق به الضمان ، وباطله لا يتعلق به الضمان بالإجماع ، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله ، ومن الباطل : لو رهن شيئا بأجر نائحة أو مغنية ، وأما في الصلح ١٤ - فقالوا : من الفاسد الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة .

والصلح الباطل : الصلح عن الكفالة والشفعة وخيار العتق وقسم المرأة وخيار الشرط وخيار البلوغ ؛ ففيها

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ١٢٨/٦

يبطل الصلح ويرجع الدافع بما دفع كذا في جامع الفصولين .

وأما في الكفالة فقال في جامع الفصولين : إذا ادعى بحكم كفالة فاسدة رجع بما أدى ؛ فالكفالة بالأمانات باطلة (انتهى)." (١)

"(٨) قوله : كما لا يتعدد بوطء الأب جارية ابنه إذا لم تحبل .

كذا في عامة النسخ والصواب إذا حبلت كما هو ظاهر .

قوله : وفي النكاح الفاسد .

عطف على قوله في النكاح أي ولا يتعدد في النكاح الفاسد .

قال المصنف في البحر عند قوله في النكاح إنما يجب مهر المثل بالوطء وأفاد المصنف بإطلاقه أنه لا يجب بالجماع فيه ، ولو تكرر إلا مهر واحد ولا يتكرر المهر إلا بتكرر بالوطء والأصل أن بالوطء متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا لم يجب إلا مهر واحد ؛ لأن بالوطء الثاني صادف ملكه كالوطء الفاسد وكما لو وطئ جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو وطيء منكوحته ثم بان أنه حلف بطلاقها .

(١٠) قوله : ويتعدد بوطء الابن جارية أبيه .

قال المصنف في البحر ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مرارا فإنه يجب بكل وطء مهر على حدة ؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير كوطء الابن جارية أبيه أو جارية أمه أو جارية امرأته وقد ادعى الشبهة فعليه لكل وطء مهر ومنه وطء الجارية المشتركة مرارا فعليه لكل وطء نصف مهر ، ولو وطئ مكاتبته بينه وبين غيره فعليه في نصفه نصف مهر واحد وعليه في نصف شريكه لكل وطء نصف مهر وذلك كله للمكاتبة." (٢)

"أي مرتد لا يقتل ؟ ١ – فقل من كان إسلامه تبعا ٢ – أو فيه شبهة

sقوله : فقل من كان إسلامه تبعا .

قال في المحيط كل من حكم بإسلامه تبعا إذا بلغ كافرا يجبر على إسلامه ولا يقتل استحسانا كذا في الذخائر .

(٢) قوله : أو فيه شبهة أي إلخ .

في إسلامه وصورة ذلك رضيع مسلم ماتت أمه فأعطاه أبوه ليهودية ترضعه مع ابن لها وماتت اليهودية واشتبه

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٤٣/٦

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٨٠/٧

الحال أيهما ولد المسلم ولم يحصل التميز بوجه وبلغا على اليهودية فابن المسلم مسلم تبعا وقد ارتد ولا يلزم واحد منهما بالإسلام للاشتباه وأحدهما مرتد ولا يلزم بالإسلام لعدم تعينه فلا يقتل." (١)

"قبيل لهم فيه ولا وفير ولا نقير ولا قطمير ومن تشبع بما لم يعطه فقد لبس ثوبى زور وعادة السوء قطاع لطريق الحق وصم عن سبيل الرشد واصابة الصواب فاستخرت الله تعالى عند ذلك وعمدت الى مجموع مختصر في اصول الفقه اسلك فيه طريقة الفقهاء من غير زيغ عنه ولا حيد ولاميل ولا أرضى بظاهر من الكلام ومتكلف من العبارة معول على السامعين ويسبى قلوب الأعتام الجاهلين لكن اقصد لباب اللب وصفو الفطنة وزيدة الفهم وانص على المعتمد عليه في كل مسألة وأذكر من شبه المخالفين بما عولوا عليها وأخص ما ذكره القاضي ابو زيد الدبوسي في تقويم الأدلة بالايراد وأتكلم بما تزاح معه الشبهة وينحل معه الاشكال بعون الله تعالى وأشير عند وصولي الى المسائل المشتهرة بين الفريقين الى بعض المسائل التي تتفرع لتكون عونا للناظر وحين اصل الى باب القياس وما يتشعب منه من وجوه الكلام وماخذ الحجة وطريقة الأسئلة والأجوبة ،وجوه الأعتراض والأخذ الخصوم وتوقيف المجادلين على سواء الصراط وطلب ملازمة حدود النظر وسلوك الجدد وترك الحيد ومجانبة الزيغ والآخذ والمبين المحكم من مخاييل الظنيات وما تعلق به الاصحاب بمحض الاشتباه في كثير من المسائل ووجه صحة ذلك وفساده فسأشرح عند ذلك وأبسط زيادة بسط وشرح على حسب ما يسمح به الخاطر ويجود به الوقت والله المعين على ذلك والميسر له بمنه

قواطع الأدلة في الأصول ج:١ ص:١٩

القول في مقدمات أصول الفقه

اعلم ان اول ما نبدأ في هذا الفصل هو معرفة الفقه وأصوله ثم نبنى عليه ما يتشعب منه فنقول

الفقه في اللغة من قولهم فقهت الشيء اذا ادركته وادراكك علم الشيء فقه." (٢)

"وأما قولهم إن التشريع مصالح فإذا كان الواحد يجوز عليه الغلط والكذب لم نأمن من أن يكون قبول قوله مفسدة قلنا لما قامت الدلائل القطعية على وجوب العمل بخبر الواحد وغلب على ظننا صدق المخبر

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣٩٨/٧

(٢) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ٣/١

فقد علمنا أن العمل صلاح لنا كما نعلم أن قطع اليد صلاح عند قيام البينة وأجاب المتكلمون عن هذه الشبهة وقالوا إن الفعل قد يكون صلاحا لنا إذا فعله ونحن على حالة مخصوصة فلا تمتنع أن يكون متى ظننا صدق الرواى بأمارة صحيحة فيكون مصلحته أن نفعل ما اقتضاه الخبر كما يكون مصلحتنا هو الحكم بما دل عليه البينة وإن كنا نجوز كون الشهود كذبة وحرف هذا الجواب إن ظننا صدق الراوى بما يشهد العقل بجواز كونه شرطا فى المصلحة بدليل التصرف فى الأسفار والحكم بالبينات ألا ترى أن المسافر إذا خاف فى سفره فيخبره بعض من يظن صدقه بسلامة بعض الطرق وفساد غيره فإنه يجب عليه أن يعمل ما ظنه صلاحا دون ما ظن الفساد ولو ظن كذب المخبر بأمارة لم يجز أن يعمل على خبره ولا يجوز له مع اشتباه الطرق عليه وخوفه أن يعمل على شهوته واختياره من غير أمارة فإن قيل أيجوز أن يقول الشارع للإنسان إذا اخترت الفعل واشتهيته ولم يصرفك عنه صارف وجب عليك فعله ما دمت مريدا له وإن لم يكن مختارا قاصدا إليه لم يجب عليك فعله قلنا هذا لا يجوز عندنا وتعليق عمل الإنسان بما يشتهيه ويختاره لسقط التكليف لأنه قيل له افعل ما تشتهيه ولا تفعل ما لا تشتهيه وهذا إسقاط التكليف وهو باطل وأما تعلقهم بقوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم الإسراء ٣٦ وبقوله تعالى وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون البقرة ١٦٩ وما يشبه هذا من الآيات قلنا ليس فى العمل بخبر الواحد شيء مما ذكروه لأن وجوب العمل بخبر الواحد ليس بإيجاب له على ظن وتخمين وهو إيجاب له على علم ويقين لأنا بالدلائل القطعية علمنا وجوب العمل بخبر الواحد فهو اقتفاء واتباع لما كنا به عالمين." (١)

"ومثال ذلك إلحاق العبد بالحر فى وجوب القصاص فى النفس والأطراف ووجوب الكفارة وكذلك إلحاق العبد بالأمة فى تنصيف الحد وإلحاق الجواميس بالبقر فى الزكاة وقد يكون الشبه فى صورة الذات وقد يكون الشبه فى حكم الذات والأمثلة التى قلناها فى العبيد والأحرار والبقر والجواميس لبيان الشبه فى صورة الذات وأما الأمثلة للشبه فى حكم الذات كإلحاق الوطء بالشبهة بالوطء فى النكاح لاشتباههما فى الأحكام وكذلك إلحاق المكاتب بالحر وأما العبد فى تمليك المال فإن ألحق بالحر فى ثبوت ملكه فبقياس الشبه فى حكم الذات وليس يمتنع أن نجمع بين الشبهين فى الصورة والحكم فيحكم بكل واحد منهما فى موضعه بما يقتضيه ثم إذا عرف معنى فرع المعنى وفرع الشبه يكونان متشاركين لأصلهما فى صفة الحكم المطلوب بهما من وجوب وإسقاط وتحليل وتحريم وإن اختلفا فى طريق الحكم بالمعنى والشبه

---

(١) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ٣٣٢/١

قواطع الأدلة في الأصول ج:٢ ص:٩١٣

فيكون فى الأصل معلوما وفى الفرع مظنونا وسيأتى فى ذلك فرع المعنى وفرع الشبه وحين فرغنا من هذا الأصل وهو بيان الفرع فنذكره بعده

الفصل الثالث وهو القول فى علة القياس

وفيه الكلام الكثير وقد وقع فيه الخبط العظيم ولابد أن نعتبر فى ذلك زيادة اعتناء ليظهر ما هو الحق من ذلك بعون الله تعالى وتوفيقه

واعلم أن العلة مأخوذة فى اللغة من العلة التى هى المرض لأن لهذه العلة تأثير بيان الحكم كتأثير العلة فى ذات المريض وقيل سميت العلة علة لأنها ناقلة بحكم الأصل إلى الفرع كالانتقال بالعلة من الصحة إلى المرض

والأول أحسن لأنا بينا أن غير المتعدية من العلة تكون علة وقيل إن العلة مأخوذة من العلل بعد النهل وهو معاودة شرب الماء مرة بعد مرة لأن المجتهد فى استخراجها يعاود النظر بعد النظر

وأما حد العلة فقد قالوا إنها الصفة الجالبة للحكم

وقيل إنها المعنى المثير للحكم." (١)

"ص -٧٣-...درهم حلال جازت المعاملة كما لو اختلطت أخته من الرضاع بألف امرأة أجنبية، أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية فإن المعاملة صحيحة جائزة لندرة الوقوع في الحرام. وكذلك الاصطياد، وبين هاتين الرتبتين من قلة الحرام وكثرته مراتب محرمة، ومكروهة، ومباحة، وضابطها أن الكراهة تشتد بكثرة الحرام وتخف بكثرة الحلال، **فاشتباه** أحد الدينارين بآخر سبب تحريم بين، **واشتباه** دينار حلال بألف دينار حرام سبب تحريم بين، وبينهما أمور مشتبهات مبنية على قلة الحرام وكثرته بالنسبة إلى الحلال فكلما كثر الحرام تأكدت **الشبهة**، وكلما قل خفت **الشبهة** إلى أن يساوي الحلال الحرام فتستوي الشبهات، وسنذكر هذا في موضعه مستقصى إن شاء الله تعالى.

قاعدة: في تعذر العدالة في الولايات:

إذا تعذرت العدالة في الولاية العامة والخاصة بحيث لا يوجد عدل، ولينا أقلهم فسوقا وله أمثلة: - أحدها: إذا تعذر في الأئمة فيقدم أقلهم فسوقا عند الإمكان، فإذا كان الأقل فسوقا يفرط في عشر المصالح العامة مثلا وغيره يفرط في خمسها لم تجز تولية من يفرط في الخمس فما زاد عليه، ويجوز تولية من يفرط في

---

(١) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ١٧٢/٣

العشر، وإنما جوزنا ذلك لأن حفظ تسعة الأعشار بتضييع العشر أصلح للأيتام ولأهل الإسلام من تضييع الجميع، ومن تضييع الخمس أيضا، فيكون هذا من باب دفع أشد المفسدتين بأخفهما، ولو تولى الأموال العامة محجور عليه بالتبذير نفذت تصرفاته العامة إذا وافقت الحق للضرورة، ولا ينفذ تصرفه لنفسه، إذ لا موجب لإنقاذه مع خصوص مصلحته، ولو ابتلي الناس بتولية امرأة أو صبي مميز يرجع إلى رأي العقلاء فهل ينفذ تصرفهما العام فيما يوافق الحق كتجنيد الأجناد وتولية القضاة والولاة؟ ففي ذلك وقفة.." (١)

"الشاذ روان هو الإفريز المسنم الخارج عن عرض جدار البيت قدر ثلثي ذراع قيل أنه من البيت بقي منه حين عمرته قريش كالحطيم وهو عندنا ليس منه لكن ينبغي أن يكون طواف البيت وراءه خروجا من الخلاف

الشاذكونه الفراش الذي ينام عليه فارسية

الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة وراجع الشرع

الشارف من النوق المسنة الهرمة

الشاهد هو المخبر بقضية أو بحق شخص على غيره عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان

قواعد الفقه ج:١ ص:٣٣٢

الشبق شدة هيجان الشهوة

الشبه بالكسر وتفتح المثل والنظر وهو عند الأصوليين من مسالك إثبات العلية وعرفوه بأنه هو الذي لا تثبت مناسبته إلا بدليل متصل

الشبر ما بين طرف الإبهام وطرف الخنصر ممتدين وقدروه باثني عشر إصبعا

الشبهة هو ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر قال السيد هو ما لم يتيقن كونه حراما أو حلالا

شبهة العقد هو ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة كما إذا تزوج امرأة بلا شهود أو مجوسية أو خمسا في عقد أو تزوج بمحارمه أو جمع بين الأختين

شبهة الفعل أي الشبهة في الفعل هو الوطء تشتبه عليه حرمته لا في محله وهي الموطوءة وتسمى شبهة الاشتباه كوطء أمة أبويه ومعتدة الثلث وأمه امرأة وأمه سيده و وطء المرتهن الأمة المرهونة ومعتدة الطلاق

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٩٨/١

على مال

شبهة الملك أي المحل وتسمى شبهة حكيمة كوطء ووطء أحد الشريكين ووطء أجنبية ظنا أنها امرأته

قواعد الفقه ج:١ ص:٣٣٣

شبهة العمد في القتل بأن يعتمد المضروب بما ليس بسلاح ولا بما أجرى مجرى السلاح عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى وعندهما إذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا كالسوط والعصا الصغير والحجر الصغير

الشتم وصف الغير بما فيه نقص أو إذدراء." (١)

"الثانية وإذا عفا أحد الوليين ثم اقتص الآخر على ظن أن القصاص لكل واحد على الكمال فلا قصاص عليه ؛ لأنه موضع الاجتهاد) فإن عند البعض لا يسقط القصاص فصار هذا شبهة في درء القصاص عن قاتل القاتل (وكذا المحتجم إذا ظن أنه أفطر ، فأكل عمدا فلا كفارة عليه) ؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ أفطر الحاجم والمحجوم ﴾ صار شبهة في درء الكفارة إذ هذه الكفارة مما يندرئ بالشبهة وكذا القصاص في المسألة السابقة (ومن زنى بجارية امرأته أو والده بظن أنها تحل له لا يحد ؛ لأنه موضع الاشتباه فتصير شبهة في درء الحد) حتى يندرئ الحد بهذه الشبهة (إلا في النسب ، والعدة) أي : لا يثبت النسب والعدة بهذه الشبهة ، وإن كانا يثبتان بالوطء بشبهة .

(وكذا حربي أسلم فدخل دارنا فشرب خمرا جاهلا بالحرمة) أي : لا يحد ؛ لأن جهله يكون شبهة (لا إن زنى هو) أي : زنى حربي أسلم حيث يحد ؛ لأن جهله في حرمة الزنا لا يكون شبهة ؛ لأن الزنا حرام في جميع الأديان (أو شرب ذمي أسلم) أي : يجب الحد ؛ لأن حرمة الخمر شائعة في دار الإسلام والذمي ساكن فيها فلا يعذر بالجهل بحرمة الخمر فلا يصير شبهة في درء الحد (، وأما جهل يصلح عذرا) هذا هو النوع الرابع من الجهل (كجهل مسلم لم يهاجر بالشرائع وكذا إذا نزل خطاب ، ولم ينتشر بعد في دارنا كما في قصة أهل قباء) فإنهم إذ بلغهم تحويل القبلة وكانوا في الصلاة استداروا إلى الكعبة فاستحسن رسول الله عليه الصلاة والسلام." (٢)

---

(١) قواعد الفقه . للبركتي، ص/١٢٩

(٢) شرح التلويح على التوضيح، ٩٢/٤

"الاجتهاد صحيحا .

(قوله : ولم يقض الظهر بناء) أي : بنى عدم قضاء الظهر على أنه لم يكن عالما بعدم الوضوء حين صلى ، وأن الصلاة المؤداة بغير وضوء من غير علم بذلك لا يجب قضاؤها ، وهذا مخالف للإجماع .

(قوله : وإذا عفا أحد الوليين ، واقتص الآخر) بجهله بالعفو أو بأن عفو أحد الأولياء يسقط القود فعليه الدية لا القصاص ؛ لأن هذا جهل في موضع الاجتهاد ؛ ولما ذهب إليه بعض أهل المدينة من أن القصاص إذا ثبت لوليين كان لكل منهم التفرد بالقتل حتى لو عفا أحدهما كان للآخر القتل إلا أن الظاهر أن هذا مخالف للإجماع فلا يكون اجتهادا صحيحا بل هو جهل في موضع الاشتباه لأنه علم بوجوب القصاص وما ثبت فالظاهر بقاؤه وأيضا الظاهر عدم نفاذ التصرف في حق الغير فيكون محل الاشتباه ، ويصير شبهة في درء الحد .

(قوله : إذ هذه الكفارة) يعني : كفارة الصوم تندرئ بالشبهة لترجيح جانب العقوبة فيها ، وهذا إذا استفتى فقيها ، فأفتاه بفساد الصوم فحصل له الظن بذلك أو بلغه الحديث أعني : قوله عليه السلام ﴿ أفطر الحاجم ، والمحجوم ﴾ ، ولم يعرف نسخه ، ولا تأويله ، وإلا فعليه الكفارة اتفاقا ، وعند أبي يوسف تجب الكفارة ، وإن كان ظنه مستندا إلى الحديث ؛ لأنه ليس للعامي الأخذ بظواهر الأخبار ، وإنما التمسك بها للفقهاء ، والقول بفساد الصوم بالحجامة ، وإن كان قد ذهب إليه الأوزاعي إلا أنه ليس اجتهادا صحيحا لمخالفته الإجماع .

(وقوله ومن زنى بجارية امرأته أو." (١)

"والده يظن أنها تحل له) بناء على أن مال الزوجة مال الزوج من وجه لفرط الاختلاط أو حل الزوجة يوجب حل مملوكتها ، وأن ملك الأصل ملك الجزء أو حلال له فهذا شبهة اشتباه أعني : الشبهة في الفعل ، وهي أن يظن ما ليس بدليل الحل دليلا ، فيظن الحل ، فيسقط الحد للشبهة لكن لا يثبت النسب ، ولا تجب العدة ؛ لأن الفعل قد تمحض زنا بخلاف شبهة الحل ، وتسمى شبهة الدليل ، وهي أن يوجد الدليل الشرعي النافي للحرمة لكن تخلف الحكم عنه لمانع كما إذا وطئ جارية الابن فإنه يسقط الحد ، ويثبت النسب ، والعدة ؛ لأن الفعل لم يتمحض زنا نظرا إلى الدليل أعني : قوله عليه السلام ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾ ، وأما شبهة جارية الأخ أو الأخت فليست محلا للاشتباه لا شبهة فعل ، ولا شبهة محل فلا يسقط الحد .

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، ١٠٣/٤

(قوله : وأما جهل يصلح عذرا) كمن أسلم في دار الحرب ، ولم يهاجر إلى دار الإسلام فجهله بالأحكام من الصلاة ، وال‍صوم ، ونحو ذلك يكون عذرا له في الترك حتى لا يجب بعد المهاجرة قضاء مدة اللبث في دار الكفر ؛ لأنه لا بد من سماع الخطاب حقيقة أو تقديرا بشهرته في محله .

(قوله : فأنزل الله تعالى ﴿ وما كان الله ليضيع إيمانكم ﴾) المذكور في عامة التفاسير أنها نزلت حين نزول آية التوجه إلى الكعبة فقالوا : كيف من مات قبل التحويل من إخواننا ؟ .

(قوله : وقصة تحريم الخمر) هي أن بعض الصحابة كانوا في سفر فشربوا الخمر بعد التحريم لعدم علمهم بحرمتها فنزل ﴿ ليس على الذين آمنوا." (١)

"والجواب: أنه ليس كالتصريح بل يتعين حمله على الذهول الشاغل، جمعا بين ظاهر عدالة راوي الزيادة وعدالة التاركين لها.

قال القاضي(٢٠٥٥): ((واختلف في صفة(٢٠٥٦) الزيادة المعتبرة، فقيل: الاعتبار بالزيادة اللفظية فقط المفيدة لحكم شرعي، ولا تكون(٢٠٥٧) تأكيدا ولا قصة(٢٠٥٨) لا يتعلق بها حكم شرعي، كقولهم في محرم وقصت(٢٠٥٩) به ناقته في أخاقيق جرذان(٢٠٦٠) فإن ذكر الموضع لا يتعلق به حكم شرعي، وكذلك الناقة دون الفرس. وأما الزيادة في المعنى فلا عبرة بها، بل يجب الأخذ بالزيادة اللفظية وإن أدت إلى نقصان من جهة المعنى، ولا يعتد بزيادة المعنى في باب الترجيح ؛ لأن الزيادة إنما تكون في النقل، والنقل إنما يكون في اللفظ، ويصير(٢٠٦١) ذلك كخبر مفيد مبتديء.

k أن أأن

الباب السابع عشر

في القياس

وفيه سبعة فصول

الفصل الأول

في حقيقته(٢٠٦٢)

ص: وهو إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت(٢٠٦٣). فالإثبات المراد به: المشترك بين العلم والظن والاعتقاد(٢٠٦٤)، ونعني(٢٠٦٥) بالمعلوم(٢٠٦٦): المشترك بين [المعلوم والمظنون](٢٠٦٧)، وقولنا: عند المثبت، ليدخل فيه القياس

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، ٤/١٠٤

الفاسد.

الشرح

لأنا إذا أثبتنا(٢٥٦٨) فقد نعلم ثبوت(٢٥٦٩) الحكم في الفروع، وقد نعتقده اعتقادا جازما لا(٢٥٧٠) يحتمل عدم المطابقة، وقد نظنه(٢٥٧١)، فاشتركت الثلاثة في الإثبات فهو مرادنا.

وقولي(٢٥٧٢): ((معلوم)) أولى من قول من قال: إثبات حكم [أصل لفرع](٢٥٧٣)، أو إثبات حكم الأصل في الفرع(٢٥٧٤) ؛ لأن الأصل والفرع إنما يعقلان(٢٥٧٥) بعد معرفة القياس، فتعريف القياس بهما(٢٥٧٦) دور(٢٥٧٧)، فإذا قلنا: ((معلوم)) اندفعت هذه **الشبهة** الموجبة للدور.." (١)

") قال الأسنوي : «فإن أكثر علم الصحابة إنما حصل الخ» أقول هذا وجه النظر في الاحتراز نحو الصلوات الخمس وبيانه أن علم أحكام نحو الصلوات الخمس وإن كن ضروريا من الدين لا يخرج عن كونه داخلا في الفقه ومكتسبا من الأدلة التفصيلية ولا يمنع من ذلك كون العلم به من ضروريات الدين لقطعية الدليل لأنه ليس معنى كونه ضروريا من الدين أنه العلوم الأولية الضرورية التي لا تتوقف على نظر واستدلال بل معناه أن دليله قطعي وإن كان نظريا محتاجا إلى نظر واستدلال فكان مكتسبا ولو لم يكن المعنى ما ذكرناه للزم أنه خلاف الواقع لأن الآيات القرآنية التي احتفت بها قرائن جعلتها قطعية الدلالة كما هي قطعية الثبوت إنما علم منها تلك الأحكام علما قطعيا بالنظر فيها وفي تلك القرائن التي احتفت بها فكانت تلك الأحكام محتاجة إلى الأدلة الخارجة عنها فلم تكن معلومة بطريق الضرورة بمعنى عدم الحاجة إلى الاستدلال ولذلك كان علم الصحابة بتلك الأحكام الحاصل لهم من أدلتها المسموعة لهم مباشرة من النبي صلى الله عليه وسلم فقها وكانوا فقهاء بالإجماع بل هم رؤساء الفقهاء وقدوتهم في الاجتهاد مع أن كل الأدلة بالنظر إليهم قطعية الثبوت لعدم الواسطة بينهم وبين السماع وبينه صلى الله عليه وسلم وعند **الاشتباه** في دلالتها يرجعون إليه صلى الله عليه وسلم فيزيل ما فيها من **الشبهة** ويبين المراد منها فتصبح أيضا قطعية الدلالة فجميع الأدلة المسموعة لهم منه صلى الله عليه وسلم وعلموا منها أحكامها على وجه ما ذكر قطعية الثبوت وقطعية الدلالة فهي وأحكامها المأخوذة منها معلومة لهم من الدين بالضرورة بالمعنى الذي قدمناه كعلمنا بوجوب الصلوات الخمس ونحوه وانقسام الأدلة إلى ما هو قطعي الثبوت والدلالة أو قطعي الثبوت ظني

(١) شرح تنقيح الفصول، ٢/١١٠

الدلالة أو بالعكس أو ظنيهما كل ذلك إنما حدث بعد انتقاله صلى الله عليه وسلم إلى دار البقاء ووصول الأحاديث والأدلة منه صلى الله عليه وسلم إلينا بواسطة." (١)

"وأما خطاي التكليف فلا خلاف في أنه لا يتوجه للصبي والمجنون والبهائم كما تقدم عند الصفي الهندي فمتى جعلنا تعريف المصنف قاصرا على خطاب التكليف فلا يضرنا خروج أحكام الصبي من صحة وفساد وضمان وأحكام المجنون والبهائم بل خروجه عن التعريف هو الواجب بقيد المكلفين وأما ما يترتب على تلك الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية فهي لا تتعلق بأفعال هؤلاء بل بأفعال المكلف وهو الولي في الصبي والمجنون والمالك في البهائم (وحاصل السؤال الخامس) أن المكلف هو من تعلق به حكم الشرع أي هو الملزم بذلك وقد أخذناه في التعريف فتوقفت معرفة الحكم المعرف الذي هو الإلزام على معرفة المكلف الذي هو الملزم بما فيه كلفة والمكلف لا يعرف إلا بعد معرفة الحكم الشرعي الذي هو الإلزام بما فيه كلفة فجاء الدور والجواب عنه أننا نقول إنما يلزم الدور لو أخذنا وصف الحكم ومفهومه في التعريف لأن تعقله له حينئذ تعقل للحكم فأخذه في تعريفه دور بلا شبهة لكن المأخوذ هنا ليس ما ذكر بل ذات الحكم وهو الإلزام فإنه من أفراد الحكم فيمكن تعقله بدون تعقل مفهوم الحكم كما لا يخفى فالقول بلزوم الدور منشؤه اشتباه مفهوم الشيء بمفرده أو حكمه بحكمه أو يجاب بما أجاب به الأصفهاني من أن المراد بالمكلف البالغ العاقل.." (٢)

"مما يوضح بطلان هذا القول ذكر بعض العوامل التي ساعدت على انتشاره وشيوعه، فمن هذه العوامل(١):

أ- انتشار التقليد فأصبح غالب المتفقهة أكثر ما لديهم ظن أو تقليد، إذ ينقل أحدهم مذهب إمامه ودليله بحروفه، فالعالم والإمام يكون لديه دليل يفيد القطع، وليس عند هؤلاء ذلك الدليل مفيدا للقطع لكونهم مقلدين.

فاستطال المتكلمون لما رأوا كثرة التقليد والجهل والظنون في المنتسبين إلى الفقه والفتوى حتى أخرجوا الفقه من أصل العلم.

ب- تجريد مسائل النزاع وتأليف كتب خاصة في مسائل الخلاف، فاقتصر من صنف في هذا الباب على ما اختلف فيه الأئمة.

---

(١) المطيعي ج ١، ص/٣٤

(٢) المطيعي ج ١، ص/٦١

واشتهار أصحاب هذه التصانيف بعلم الفقه كان من الشبهة التي أوجبت للمتكلمين القول بأن الفقه من باب الظنون.

جـ- انتشار البدع، وتغير أمور الإسلام، وضعف الخلافة الإسلامية، فظهر حينئذ مذاهب المبتدعة وأصحاب الأهواء، فكثر اتباع الظن وما تهوي الأنفس، وصار الفقه يطلب لغير وجه الله.

د- أن المتكلمين بنوا هذه المقالة على أصل فاسد، وهو:

أنه ليس لله في الأحكام حكم معين، بل الحكم في حق كل شخص ما أدى إليه اجتهاده، فكل مجتهد مصيب عندهم في الفروع، أما أصول الدين فالمصيب عندهم فيه واحد، فهم يعظمون علم الكلام ويسمونه أصول الدين، ويجعلون مسائله قطعية، وفي المقابل يوهنون أمر الفقه حتى يجعلوه من باب الظنون.

هـ- ما حصل من اختلاف بين الأئمة الأعلام لسبب من الأسباب الموجبة للخلاف، كعدم سماع الحديث، أو عدم ثبوته، أو الاختلاف في الفهم والاستدلال، فقد يحصل لبعضهم القطع بأمر والآخر يجهله، أو يفهم خلافه.

فنتج عن هذا الاختلاف -مع كونه اختلافا سائغا- تقليد بلا علم، واشتباه ما يمكن علمه وما هو معلوم لفقهاء الدين بغيره.

١٠- بيان أن الأدلة الظنية متفاوتة فيما بينها(٢):

---

(١) انظر: "الاستقامة" (١/٤٧ – ٦٩).

(٢) انظر: "مجموع الفتاوى" (١٣/١٢٣، ١٢٤).." (١)

"وبالجملة فالدلائل الكثيرة توجب القطع ببطلان قول من يقول: إن في القرآن آيات لا يعلم معناها الرسول ولا غيره.

نعم قد يكون في القرآن آيات لا يعلم معناها كثير من العلماء فضلا عن غيرهم، وليس ذلك في آية معينة، بل قد يشكل على هذا ما يعرفه هذا، وذلك تارة يكون لغرابة اللفظ، وتارة لاشتباه المعنى بغيره، وتارة لشبهة في نفس الإنسان تمنعه من معرفة الحق، وتارة لعدم التدبر التام، وتارة لغير ذلك من الأسباب"(١).

٣- اتفق السلف على أن في القرآن ما لا يعلم تأويله إلا الله، كالروح، ووقت الساعة، والآجال، وهذا قد يسمى بالمتشابه(٢).

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ١/٨٣

والمراد بالتأويل(٣) الذي لا يعلمه إلا الله: معرفة الشيء على حقيقته وما يؤول إليه، أما التأويل بالمعنى الآخر: وهو تفسير الشيء ومعرفة معناه، فهذا مما يعلمه أهل العلم، فإنهم يعلمون معنى الكلام الذي أخبر به عن الساعة(٤).

قال ابن تيمية: "وعلى هذا فالراسخون في العلم يعلمون تأويل هذا المتشابه الذي هو تفسيره، وأما التأويل الذي هو الحقيقة الموجودة في الخارج فتلك لا يعلمها إلا الله"(٥).

٤- ولذلك فإن أسماء الله تعالى وصفاته تكون من المتشابه باعتبار كيفيتها، وليست من المتشابه باعتبار معناها(٦).

---

(١) المصدر السابق (١٧/ ٣٩٥ - ٤٠٠).

(٢) انظر: "مجموع الفتاوى" (١٣/١٤٤)، و"شرح الكوكب المنير" (٢/١٤٩).

(٣) انظر (ص٣٨٥) من هذا الكتاب فيما يتعلق بمعاني التأويل.

(٤) انظر: "مجموع الفتاوى" (١٧/٤٠٩، ٤١٠، ٤٢٥، ٤٢٦).

(٥) "مجموع الفتاوى" (١٧/٣٨١).

(٦) انظر المصدر السابق (١٣/٢٩٤) وما بعدها، و"الصواعق المرسلة" (١/٢١٣)، و"مذكرة الشنقيطي" (٦٥).." [١]

"ص -١٧٠-...الموجب في الأصل "إذ قد ثبت بالدليل" فلزمه القول بمقتضاه وهو ترتب الحكم عليه ويظهر أن الوجه الاقتصار على هذا أو حذف قوله لأنه معترف بصحة الموجب ووجوده لأن هذا تعليل لتسليمه واعترافه والفرض منعه حتى احتاج المستدل إلى إقامة الدليل عليه وخبر فقولهم "فيه نظر بل إذا أثبتهما" أي المستدل الوجود والاعتبار انتهض حينئذ "كالأول" أي مركب الأصل "فالأول" أي مثال مركب الأصل "قول شافعي" في كون الحر لا يقتل بعبد قتله المقتول "عبد فلا يقتل به الحر كالمكاتب المقتول عما بقي بكتابته ووارث غير سيده" لا يقتل قاتله الحر به. وإن اجتمع السيد ووارثه على طلب القصاص فيلحق العبد به هنا بجامع الرق "والحنفي يوافقه" أي الشافعي "فيه" أي في حكم الأصل وهو عدم قتل الحر بالمكاتب المذكور ويخالفه في العلة "فيقول العلة" عندي "جهالة المستحق" للقصاص "من السيد والورثة لاختلاف الصحابة في عبديته وحريته" أخرج البيهقي عن الشعبي كان زيد بن ثابت يقول المكاتب

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ١/١٠٠

عبد ما بقي عليه درهم ولا يرث ولا يورث وكان علي رضي الله عنه يقول إذا مات المكاتب وترك مالا قسم ما ترك على ما أدى وعلى ما بقي فما أصاب ما أدى فللورثة وما أصاب ما بقي فسلموا إليه وكان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي من مكاتبته ولورثته ما بقي وأخرج عبد الرزاق وغيره هذا الذي عن ابن مسعود عن علي أيضا واختلافهم يوجب **اشتباه** الولي فانتفى القصاص لأنه ينتفي **بالشبهة** "فإن صحت" علتي "بطل إلحاقك" العبد بالمكاتب في حكمه لعدم المشاركة في العلة "وإلا" أي وإن لم تصح علتي بل صحت علتك وهي العبدية "منعت حكم الأصل فيقتل الحر به" أي بالمكاتب لعدم المانع منه حينئذ فلم ينفك الحنفي في هذه الصورة عن عدم العلة في الفرع على تقدير كونها الجهالة أو منع الحكم في الأصل على تقدير أنها الرق فلا يتم القياس على التقديرين "ولا يت أتى" أي ولا يصح منع حكم الأصل "إلا من مجتهد" لجواز تبدله في نظره." (١)

"العلماء" من أهل المدينة على ما في التهذيب "بعدم سقوطه" أي القصاص الثابت للورثة "بعفو أحدهم" حتى لو عفا أحدهم كان للباقين القتل هذا إذا لم يوجد الإجماع سابقا على هذا القول، أو لاحقا إن ثبت عمن يعتد بخلافه وإلا فالظاهر أن هذا مخالف للإجماع؛ لأن الاجتهاد، وإن كان يقتضي أن لكل ولاية الاستيفاء بعد عفو أحدهما لم يقل به أحد من الفقهاء فلا يكون ذلك الاجتهاد صحيحا وحينئذ، فإنما يكون هذا الجهل **شبهة** في إسقاط القود؛ لأنه جهل في موضع **الاشتباه** أما على التقدير الأول فلأنه علم وجوب القصاص وما ثبت فالظاهر بقاؤه، والظاهر يكون **شبهة** في درء ما يندرئ بالشبهات. وأما على التقدير الثاني فلأن الظاهر أن تصرف غيره في حقه غير نافذ عليه وسقوط القود لمعنى خفي، وهو أن القود لا يقبل التجزؤ فاشتبه عليه حكم قد يشتبه فيصير بمنزلة الظاهر في إيراث **الشبهة** "فصار" الجهل المذكور "**شبهة** تدرأ القصاص"، وقد يسقط القود باعتبار الظن كما لو رمى إلى شخص ظنه كافرا، فإذا هو مسلم، وإذا سقط القود **بالشبهة** لزمه الدية في ماله؛ لأن فعله عمد ويحسب له منها نصف الدية؛ لأن بعفو شريكه وجب له نصف الدية على المقتول فيصير نصف الدية قصاصا بالنصف ويؤدي ما بقي أما لو." (٢)

"خرج فيكون ظنه مجرد جهل، وهو لا يكون عذرا في دار الإسلام، وأما الثاني فلتعاضد علمه بكون الحديث على غير ظاهره، أو نسخه مع كون الفطر بها على خلاف القياس على وجوب الكفارة لانتفاء **الشبهة** حينئذ في وجوبها قالوا: وإن علم أن بعض العلماء قال بالفطر بها ولكن في هذا نظر "ومن زنى

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٣٥٠/٢٥

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ١٥٤/٢٦

بجارية والده"، أو والدته "أو زوجته يظن حلها لا يحد" عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: يحد للوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه، أو عمه على ظن الحل وهم يقولون لا يحد "للاشتباه"؛ لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال فظنه حل الاستمتاع بأمتهم اعتماد على شبهة في ذلك فاندرأ الحد بها بخلاف الأخ، والعم، فإنه لا انبساط لكل منه، ومنهما في مال الآخر فدعوى ظنه الحل ليست معتمدة على شبهة فلا تعتبر "ولا يثبت نسب" بهذا الوطء، وإن ادعاه الواطئ "ولا عدة" أيضا على الموطوءة بهذا الوطء "لما" عرف "في موضعه" من أنه تمحض زنا إذ لا حق له في المحل، والولد للفراش وللعاهر الحجر ولا عدة من الزنا، وهذه إحدى الشبهتين الدارئتين للحد عندهم وتسمى شبهة في الفعل وشبهة اشتباه؛ لأنها إنما تؤثر في سقوط الحد على من اشتبه عليه لا على من لم يشتبه عليه كقوم سقوا خمرا على مائدة فمن علم بها." (١)

"ص -٢٥٤-...وفي الحديث: "إنكم قد استقبلتم عدوكم والفطر أقوى لكم"١.

وكذلك إن كان ترك المكروه الذي له فيه حظ يؤدي إلى ما هو أشد كراهة منه، غلب الجانب الأخف، كما قال الغزالي: إنه ينبغي أن يقدم طاعة الوالدين في تناول المتشابهات٢، على التورع عنها مع عدم طاعتهما، فإن تناول المتشابهات٢ للنفس فيها حظ، فإذا كان فيها اشتباه طلب التورع عنها وكره تناولها لأجله، فإن كان في تناولها رضى الوالدين، رجح جانب الحظ هنا بسبب ما هو أشد في الكراهية، وهو مخالفة الوالدين، ومثله ما روي عن مالك أن طلب الرزق في شبهة أحسن من الحاجة إلى الناس٣.

فالحاصل أن الحظوظ لأصحاب الحظوظ تزاحم الأعمال، فيقع الترجيح بينها فإذا تعين الراجح ارتكب وترك ما عداه، وبسط هذه الجملة هي عمدة كلام الفقهاء في تفاريع الفقه.

---

١ أخرجه مسلم في "الصحيح" "كتاب الصيام، باب أجر المفطر في السفر إذا تولى العمل، ٢/ ٧٨٩/ رقم ١١٢٠"، عن أبي سعيد الخدري، بلفظ: "إنكم قد دنوتم من عدوكم، والفطر أقوى لكم"، و"إنكم مصبحو عدوكم، والفطر أقوى لكم".

٢ في "ط": "المشتبهات".

٣ الوجه في ذلك أن الحاجة إلى الناس مما يترامى بالنفوس على أبواب المهانة، وقد عنيت الشريعة بما يرفعها إلى مراقي العز والشرف حتى أسقطت للمحافظة على كرامة النفس وصيانة ماء المحيا بعض

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ١٥٦/٢٦

الواجبات، كما أجازت للرجل أن يتيمم ولا يقبل الماء ممن يقدمه له على وجه الهبة لما في مثل ذلك من المنة المكروهة لدى النفوس المتطلعة إلى عز شامخ ومجد أثيل. "خ".." (١)

"ص -١٩-...قبيل لهم فيه ولا وفير ولا نقير ولا قطمير ومن تشبع بما لم يعطه فقد لبس ثوبى زور وعادة السوء قطاع لطريق الحق وصم عن سبيل الرشد واصابة الصواب فاستخرت الله تعالى عند ذلك وعمدت إلى مجموع مختصر في أصول الفقه اسلك فيه طريقة الفقهاء من غير زيغ عنه ولا حيد ولاميل ولا أرضى بظاهر من الكلام ومتكلف من العبارة معول على السامعين ويسبى قلوب الأعتام الجاهلين لكن اقصد لباب اللب وصفو الفطنة وزيدة الفهم وأنص على المعتمد عليه في كل مسألة وأذكر من شبه المخالفين بما عولوا عليها وأخص ما ذكره القاضي أبو زيد الدبوسي في تقويم الأدلة بالايراد وأتكلم بما تزاح معه **الشبهة** وينحل معه الاشكال بعون الله تعالى وأشير عند وصولي إلى المسائل المشتهرة بين الفريقين إلى بعض المسائل التي تتفرع لتكون عونا للناظر وحين أصل إلى باب القياس وما يتشعب منه من وجوه الكلام ومأخذ الحجة وطريقة الأسئلة والأجوبة ووجوه الأعتراض والأخذ الخصوم وتوقيف المجادلين على سواء الصراط وطلب ملازمة حدود النظر وسلوك الجدد وترك الحيد ومجانبة الزيغ والأخذ والمبين المحكم من مخاييل الظنيات وما تعلق به الاصحاب بمحض **الاشتباه** في كثير من المسائل ووجه صحة ذلك وفساده فسأشرح عند ذلك وأبسط زيادة بسط وشرح على حسب ما يسمح به الخاطر ويجود به الوقت والله المعين على ذلك والميسر له بمنه.." (٢)

"ص -١٧٤-...كقولك للمرأتين أنتما وهما وكذلك تقول للرجلين وكما تقول المرأتان جعلنا كما تقول الرجلان وإنما كان كذلك لأن السمات موضوعة للتمييز ورفع **الاشتباه** فإذا كان الكلام فى أمر معلوم عند المخاطب وكان الإخبار عن حاضرة علم بالمشاهدة استغنى عن التمييز ولفظ أنتما خطاب لحاضر وكذلك لفظ فعلنا خطاب من المشاهدة وعمن يضاف إليه ممن هو معلوم حالته فأما ما كان بخلاف ذلك مما يدخله **الشبهة** لا يقاس عليه غيره ولا بد من سمة التمييز والكلام الأول بدون هذا كاف والله أعلم.

فصل نقول فى ابتداء هذه المسألة أن التخصيص تمييز بعض الحكمة بالحكم.

ولهذا يقال خص رسول الله صلى الله عليه وسلم بكذا أو كذا وخص فلان بكذا وأما تخصيص العموم فهو بيان ما لم يرد باللفظ العام ويجوز دخول التخصيص فى جميع ألفاظ العموم من الأمر والنهى والخبر.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٣٣٩/٣٦

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٦/٤٩

ومن الناس من قال لا يجوز في الخبر كما لا يجوز فيه دخول النسخ وهذا خطأ لأنا بينا أن التخصيص بيان ما لم يرد باللفظ العام وهذا يصح في الخبر كما يصح في الأمر١.

---

١ اعلم أن في هذه المسألة قولان:

أولا: وهو قول جمهور العلماء فهم متفقون على أن التخصيص جائز وواقع في الخبر وفي غيره من الأوامر والنواهي.

ثانيا: رأى شذوذ من العلماء أن التخصيص غير جائز في الخبر.

وقد استدل الجمهور على الجواز بالوقوع فقد وقع التخصيص في الخبر كما وقع في الأمر والنهي والوقوع أوضح دليل على الجواز.." (١)

"وأما الأمثلة للشبه في حكم الذات كإلحاق الوطء **بالشبهة** بالوطء في النكاح **لاشتباههما** في الأحكام وكذلك إلحاق المكاتب بالحر وأما العبد في تمليك المال فإن ألحق بالحر في ثبوت ملكه فبقياس الشبه في حكم الذات وليس يمتنع أن نجمع بين الشبهين في الصورة والحكم فيحكم بكل واحد منهما في موضعه بما يقتضيه ثم إذا عرف معنى فرع المعنى وفرع الشبه يكونان متشاركين لأصلهما في صفة الحكم المطلوب بهما من وجوب وإسقاط وتحليل وتحريم وإن اختلفا في طريق الحكم بالمعنى والشبه." (٢)

"ص -٧٣-...درهم حلال جازت المعاملة كما لو اختلطت أخته من الرضاع بألف امرأة أجنبية، أو اختلطت ألف حمامة برية بحمامة بلدية فإن المعاملة صحيحة جائزة لندرة الوقوع في الحرام. وكذلك الاصطياد، وبين هاتين الرتبتين من قلة الحرام وكثرته مراتب محرمة، ومكروهة، ومباحة، وضابطها أن الكراهة تشتد بكثرة الحرام وتخف بكثرة الحلال، **فاشتباه** أحد الدينارين بآخر سبب تحريم بين، **واشتباه** دينار حلال بألف دينار حرام سبب تحريم بين، وبينهما أمور مشتبهات مبنية على قلة الحرام وكثرته بالنسبة إلى الحلال فكلما كثر الحرام تأكدت **الشبهة**، وكلما قل خفت **الشبهة** إلى أن يساوي الحلال الحرام فتستوي الشبهات، وسنذكر هذا في موضعه مستقصى إن شاء الله تعالى.

قاعدة: في تعذر العدالة في الولايات:

إذا تعذرت العدالة في الولاية العامة والخاصة بحيث لا يوجد عدل، ولينا أقلهم فسوقا وله أمثلة: - أحدها:

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٣٠٥/٤٩

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٢٦٩/٥١

إذا تعذر في الأئمة فيقدم أقلهم فسوقا عند الإمكان، فإذا كان الأقل فسوقا يفرط في عشر المصالح العامة مثلا وغيره يفرط في خمسها لم تجز تولية من يفرط في الخمس فما زاد عليه، ويجوز تولية من يفرط في العشر، وإنما جوزنا ذلك لأن حفظ تسعة الأعشار بتضييع العشر أصلح للأيتام ولأهل الإسلام من تضييع الجميع، ومن تضييع الخمس أيضا، فيكون هذا من باب دفع أشد المفسدتين بأخفهما، ولو تولى الأموال العامة محجور عليه بالتبذير نفذت تصرفاته العامة إذا وافقت الحق للضرورة، ولا ينفذ تصرفه لنفسه، إذ لا موجب لإنقاذه مع خصوص مصلحته، ولو ابتلي الناس بتولية امرأة أو صبي مميز يرجع إلى رأي العقلاء فهل ينفذ تصرفهما العام فيما يوافق الحق كتجنيد الأجناد وتولية القضاة والولاة؟ ففي ذلك وقفة.." (١)

"ص -٣٨١- ... الراوي، وهذا الكلام يحتمل أمرين صرح باعتبارهما في المحصول، أحدهما: أن يكون أحدهما قد حفظ لفظ الحديث، واعتمد الآخر على المكتوب، فالحافظ أولى لأنه أبعد عن **الشبهة،** قال: وفيه احتمال. الثاني: أن يكون أحدهما أكثر حفظا، أي: أقل نسيانا، فإن روايته راجحة على من كان نسيانه أكثر، فإن حملنا كلام المصنف على الثاني فيكون معطوفا على لفظ الكثرة من قوله: وبكثرة المزكين وتقديره: ولكثرة حفظه، الخامس عشر: زيادة ضبط الراوي، والضبط هو شدة الاعتناء بالحديث والاهتمام بأمره، فإذا كان أحدهما أشد اعتناء به واهتماما يرجح خبره، ولو كان ذلك يعني زيادة الضبط لألفاظ الرسول -عليه الصلاة والسلام- بأن يكون أكثر حرصا على مراعاة كلماته وحروفه، قال في المحصول: فلو كان أحدهما أكثر ضبطا لكنه أكثر نسيانا، وكان الآخر بالعكس، ولم يكن قلة الضبط وكثرة النسيان بحيث يمتنع من قبول خبره فالأقرب التعارض، وهذا الذي قاله يدل على تفسير الضبط بما قلناه، لا بعدم النسيان كما قاله الشارحون، السادس عشر: دوام عقل الراوي، فيرجح الخبر الذي يكون راويه سليم العقل دائما على الخبر الذي اختلط عقل راويه في بعض الأوقات. هكذا أطلقه المصنف تبعا للحاصل والتحصيل، وشرط في المحصول مع ذلك أن لا يعلم هل رواه في حال سلامة عقله أم في حال اختلاطه. السابع عشر: شهرة الراوي؛ لأن الشهرة بالمنصب أو بغيره مانعة من الكذب، ومانعة أيضا من التدليس عليه، الثامن عشر: نسبه، التاسع عشر: عدم التباس اسمه، فإن التبس اسمه باسم غيره أي: من الضعفاء، وصعب التمييز كما قاله في المحصول كانت رواية غيره راجحة على روايته. قال: وكذلك صاحب الاسمين مرجوح بالنسبة إلى الاسم الواحد، وهذا قد يدخل أيضا في كلام المصنف، وسبب مرجوحيته أن صاحب الاسمين بكثرة

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٩٨/٥٣

اشتباهه بغيره مما ليس بعدل، بأن يكون هناك غير عدل يسمى ب أحد اسميه، فإذا روى عنه راو وظن سامعه أنه يروي عن العدل، فإذا كان." (١)

"يتعد إلى ما ورائه كأنه قال : ثواب الأعمال بالنيات ثم الشيخ المصنف رحمه الله لما رأى أن العموم متحقق في بعض أفراد هذا النوع مثل قوله : طلقي نفسك وإن خرجت فعبدي حر على ما ذكر بعد هذا سلك طريقة أخرى وفصل بين ما يقبل العموم وما لا يقبله وجعل ما يقبل العموم قسما آخر غير المقتضى وسماه محذوفا ووضع علامة تميز بها المحذوف عن المقتضى فقال وقد أشكل على السامع الفصل أي يتحقق الاشتباه عليه في الفصل بين المقتضى وبين المحذوف على وجه الاختصار أي الشيء الذي حذف لأجل الاختصار ولكنه ثابت لغة وآية ذلك أي علامة الفصل والفرق بينهما أن الذي اقتضى غيره وهو الذي نسميه مقتضيا ثبت عند صحة الاقتضاء أي تقرر عند التصريح بالمقتضى وإذا كان محذوفا أي إذا كان الشيء محذوفا فقدر مذكورا انقطع عن المذكور أي انقطع ما أضيف إلى المذكور وتعلق به عنه وانتقل أي المقدر لعدم الشبهة أي لعدم الاشتباه والالتباس يعني الحذف إنما يجوز إذا كان في الباقي دليل عليه ولم يكن ملبسا وليس هنا التباس فجاز الحذف .

ثم استوضح أنه من قبيل المحذوف لا من قبيل المقتضي وأدرج فيه الدليل على الفرق بينهما فقال ألا ترى أنه الضمير للشأن متى ذكر الأهل أي صرح به انتقلت الإضافة أي إضافة السؤال إلى القرية عنها إلى الأهل فكان من قبيل المحذوف دون المقتضي لأن المقتضي لتحقيق المقتضى وتقريره لا لنقله أي نقل المقتضي عن المذكور إلى المحذوف فإن قيل قد يتقرر الكلام بعد." (٢)

"وضع القياس بطريقه وهو أن يجتهد في المنصوص ويبين الوصف المؤثر ويحافظ شرائطه فيكون كل قياس صحيحا بوضع الشرع فلا يكون التعارض بناء على الجهل من هذا الوجه ، فأما في الحقيقة أي في إصابة الحق حقيقة ووقوع العلم فلا أي لم يضعه الشرع طريقا إليه فيكون سبب التعارض الجهل من هذا الوجه .

إلا أنه : أي لكن القايس لما كان مأجورا على عمله أي اجتهاده أخطأ الحق أو أصاب وجب التخيير أي الحكم بالتخيير لاعتبار شبهة الحقيقة : أي بالنظر إلى كون كل واحد منهما حقا في وجوب العمل ، ووجب العمل بشهادة القلب طلبا للحق حقيقة ؛ لأنه واحد ، ولهذا كان له أن يعمل بأحدهما بشهادة قلبه

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الوصول، ٢/٢٨٠

(٢) كشف الأسرار، ٤/٤٢

وليس له أن يعمل بالقياسين جميعا كما قال الشافعي رحمه الله ؛ لأن الحق لما كان واحدا كان الجمع بينهما في العمل جمعا بين الحق والباطل كذا قال أبو اليسر ؛ لأنه أي المذكور وهو شهادة القلب دليل لطلب الحق عند الضرورة وهي انقطاع الأدلة كما في اشتباه القبلة وغيره ، والفراسة نظر القلب بنور يقع فيه .

وفي الصحاح الفراسة بالكسر اسم من قولك تفرست فيه خيرا أي أبصرت وفهمت وهو يتفرس أي يتثبت وينظر وتقول منه رجل فارس النظر وأنا أفرس منه أي أعلم وأبصر ومنه قوله عليه السلام ﴿ اتقوا فراسة المؤمن ﴾ .

وأما فيما يحتمل النسخ : أي التعارض فيما يحتمل النسخ وهو الكتاب والسنة .

فجهل محض : أي بناء على جهل محض بالناسخ .

بلا شبهة : أي بلا شبهة حقية في كليهما في حق العمل بل الحق." (١)

"قوله (ولا يلزم أمر الحروب) جواب عما يرد نقضا على الوجهين ؛ فإن الرأي مع احتماله للخطأ والغلط قد يستعمل في الحروب بالاتفاق وهي من أمور الدين وأركانه .

وكذا يستعمل في درك الكعبة عند البعد عنها وعند اشتباه القبلة وهو من أمور الدين ، وكذا قيم المتلفات تعرف بالرأي عند إيجاب ضمانها ، وهو من أحكام الشرع فعرفنا أن حق الله تعالى قد يثبت بما فيه شبهة فينتقض به الوجه الأول وأن الله تعالى قد يطاع بالرأي فيفسد به الوجه الثاني فقالوا : ما ذكرتم ليس بلازم علينا .

أما على الوجه الأول فلأن المدعى استحالة إثبات حقوق الله تعالى بالرأي دون حقوق العباد ؛ فإنه يليق بحالهم العجز والاشتباه فيما يعود إلى مصالحهم العاجلة فيعتبر فيه الوسع ليتيسر عليهم الوصول إلى مقاصدهم وهذه الأشياء من حقوق العباد فيجوز أن يثبت بالرأي ، أما غير القبلة فلا يشكل لأن يقع تقويم المتلفات راجع إليهم في العاجلة ؛ فإنه من باب الانتصاف الذي تقوم به مصالح العباد في الدنيا .

وكذا أمر الحروب فإنهم يدفعون به ضرا عن أنفسهم أو يجرون نفعا إليها فيكون من أمور الدنيا ومصالح العباد ، وأما القبلة أي دركها فأصله بمعرفة أقاليم الأرض ؛ فإن جهة القبلة تختلف باختلاف الأماكن

---

(١) كشف الأسرار، ٥/١٩٥

والأقاليم ، وذلك أي عرفان أقاليم الأرض من حقوق العباد لاحتياجهم إلى معرفتها في أسفارهم للتجارات وغيرها من المصالح فبني عرفانها على وسعهم لحاجتهم فلذلك صح استعمال الرأي في درك القبلة." (١)

"وقوله : وكان هذا الأصل إلى آخره جواب عما يقال : قد أقمتم الوطء الحرام مقام الولد في إثبات حرمة المصاهرة ، وما أقمتموه مقامه في إثبات النسب حتى لم تثبتوا النسب بالزنا بوجه مع أن النسب يحتاط في إثباته كما يحتاط في إثبات حرمة المصاهرة .

فقال : هذا الأصل ، وهو إقامة السبب مقام المسبب أصل متفق عليه فيما بني على الاحتياط من الحرمات مثل إقامة النكاح مقام الوطء في إثبات حرمة المصاهرة واستحداث الملك مقام الشغل في وجوب الاستبراء والنوم مقام الحدث في انتقاض الطهارة المتضمن لحرمة أداء الصلاة ، وذلك لأن الشارع لما نهى عن الريبة كما نهى عن الربا علمنا أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في محل الاحتياط ، والسبب دال على المسبب فثبت به شبهة وجود المسبب فقام مقام حقيقة وجوده في محل الاحتياط ، فأما النسب فما بني على مثله من الاحتياط ؛ لأنه – تعالى – قال ﴿ ادعوهم لآبائهم ﴾ والنبي عليه السلام قطع النسب عن الزاني بقوله ﴿ وللعاهر الحجر ﴾ فعلم أنه ليس بنظير ما نحن فيه في الاحتياط فوجب قطعه أي قطع النسب عن الوطء عند لزوم الاشتباه ، وذلك في الزنا ؛ لأن المرأة ربما يزني بها غير واحد من الرجال ، وربما كانت ذات زوج مع ذلك فلو اعتبر نفس الوطء في إثبات النسب لاشتبهت الأنساب وضاع النسل وفيه من الفساد ما لا يخفى فقطع الشرع النسب عن الزاني ، ولم يثبته إلا بالفراش لهذه الحكمة ألا ترى أنه لا يثبت بالوطء الحلال وهو الوطء بملك اليمين فكيف يثبت بالحرام." (٢)

"زائد يحصل به الاحتراز عن النقض مع أنه ساع في تصحيح العلة التي ذكرها وإن الوصف الزائد ليس بعلة بنفسه فلأن يعد انقطاعا مع أنه تعليل مستبد تام بنفسه دال على أن العلة الأولى غير صالحة أصلا لإثبات الحكم المطلوب بها كان أولى فأما قصة إبراهيم عليه السلام فليس من هذا القبيل أي من قبيل الانتقال الفاسد ؛ لأن الحجة الأولى التي ذكرها كانت لازمة على اللعين ؛ لأن إبراهيم عليه السلام أراد بقوله ﴿ ربي الذي يحيي ويميت ﴾ حقيقة الإحياء والإماتة وعارضه اللعين بأمر باطل وهو إطلاق أحد المسجونين وقتل الآخر وذلك ليس من الإحياء والإماتة في شيء إلا بطريق الشبهة والمجاز وإذا كان كذلك أي كان الأمر /٩٧ كما بينا /٩٧ أن الحجة الأولى لازمة وأن المعارضة باطلة كان اللعين منقطعا

---

(١) كشف الأسرار، ٢٤٥/٦

(٢) كشف الأسرار، ٣٩٥/٦

أي محجوجا بتلك الحجة وكان يمكن لإبراهيم صلوات الله عليه أن يقول : إني أردت بالإحياء والإماتة حقيقتهما لا ما أريت م ن الإطلاق والقتل بل أنا أفعل كما فعلت ولكن أن قدرت على الإماتة والإحياء فأمت هذا الذي أطلقته من غير مباشرة آلة وسبب وأحي هذا الذي قتلته فيظهر به بهت اللعين إلا أن القوم لما كانوا أصحاب الظواهر وكانو لا يتأملون في حقائق المعاني خاف الخليل عليه السلام **الاشتباه** والالتباس عليهم فضم إلى الحجة الأولى حجة ظاهرة لا يكاد يقع فيها **الاشتباه** فبهت الذي كفر .

وذلك أي الانتقال إلى حجة أخرى حسن عند قيام الحجة الأولى وخوف **الاشتباه** فإن المجيب إذا تكلم." (١)

"وأما القسم الثالث فهو الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح أو في غير موضع الاجتهاد لكن في موضع **الشبهة** أما الأول فإن من صلى الظهر على غير وضوء ثم صلى العصر بوضوء وعنده أن الظهر قد أجزأه فالعصر فاسدة ؛ لأن هذا جهل على خلاف الإجماع وإن قضى الظهر ثم صلى المغرب وعنده أن العصر أجزأ عنه جاز ذلك ؛ لأنه جهل في موضع الاجتهاد في ترتيب الفوائت وقال أصحابنا رحمهم الله فيمن قتل وله وليان فعفا أحدهما عن القصاص ثم قتله الثاني وهو يظن أن القصاص باق له على الكمال وأنه وجب لكل واحد منهم قصاص كامل فإنه لا قصاص عليه ؛ لأن جهله حصل في موضع الاجتهاد وفي حكم يسقط **بالشبهة** وكذلك صائم احتجم ثم أفطر على ظن أن الحجامة فطرته وعلى ذلك التقدير لم تلزمه الكفارة لما قلنا ومثله كثير ومن زنى بجارية امرأته أو جارية والده وظن أنها تحل له لم يلزمه الحد فيصير الجهل والتأويل في موضع **الاشتباه** **شبهة** في الحدود دون النسب والعدة بخلاف ما إذا وطئ جارية أخيه وأخته وكذلك حربي أسلم ودخل دارنا فشرب الخمر وقال لم أعلم بالحرمة لم يحد بخلاف ما إذا زنى وبخلاف الذمي إذا أسلم ثم شرب الخمر وقال لم أعلم بحرمتها فإنه يحد هذا بناء على هذا الأصل الذي ذكرنا .

s." (٢)

"قوله (وأما القسم الثالث) وهو الجهل الذي يصلح **شبهة** فهو الجهل في موضع تحقق فيه الاجتهاد من غير أن يكون مخالفا للكتاب أو السنة وهو المراد بالصحيح .

أو في غير موضع الاجتهاد أي لم يوجد فيه اجتهاد ولكنه موضع **الاشتباه** .

---

(١) كشف الأسرار، ٤٧٧/٧

(٢) كشف الأسرار، ٧٦/٩

صلى الظهر على غير وضوء يعني غير عالم بعدم الوضوء .
ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا لذلك وهو يظن أن الظهر أجزأه لكونه غير عالم بعدم الوضوء فيه فالعصر فاسدة كالظهر عندنا فكان عليه أن يعيدهما جميعا ؛ لأن ظنه بجواز الظهر جهل واقع على خلاف الإجماع ؛ لأن ظهره فاسد بلا خلاف فكان من القسم الثاني لا من هذا القسم .
وكان الحسن بن زياد رحمه الله يقول إنما يجب مراعاة الترتيب على من يعلم فأما من لا يعلم به فليس عليه ذلك ؛ لأنه ضعيف في نفسه فلا يثبت حكمه في حق من لا يعلم به .
وكان زفر رحمه الله يقول إذا كان عنده أن ذلك يجزيه فهو في معنى الناسي للفائتة فيجزيه فرض الوقت .
ولأن العصر لو لم يجز إنما لا يجوز باعتبار الترتيب وهو مجتهد فيه فكان ظنه في موضع الاجتهاد فيعتبر .
لكنا نقول إن كان الرجل مجتهدا قد ظهر عنده أن مراعاة الترتيب ليست بفرض فهو دليل شرعي وكذلك إن كان ناسيا فهو معذور غير مخاطب بأداء الفائتة قبل أن يتذكر فأما إذا كان ذاكرا وهو غير مجتهد فمجرد ظنه ليس بدليل شرعي فلا يعتبر .
فإن قضى الظهر وحدها وهذا الفرع هو المقصود من إيراد هذا المثال ثم صلى المغرب وهو يظن أن العصر أجزأته جاز." (١)
"للقياس .
قوله (ومن زنى بجارية امرأته) بيان القسم الثاني وهو الجهل في موضع الشبهة أي الاشتباه .
واعلم أن الشبهة الدارئة للحد نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه ؛ لأنها تنشأ من الاشتباه .
وشبهة في المحل وتسمى شبهة الدليل والشبهة الحكمية فالأولى هي أن يظن الإنسان ما ليس بدليل الحل دليلا فيه ولا بد فيها من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية أن يوجد الدليل الشرعي النافي للحرمة في ذاته مع تخلف حكمه عنه لمانع اتصل به وهذا النوع لا يتوقف تحققه على ظن الجاني واعتقاده فمن هذا القسم ما لو وطئ الأب جارية ابنه فإنه لا يجب عليه الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ؛ لأن المؤثر في إيراث الشبهة الدليل الشرعي وهو قوله عليه السلام ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾ وهو قائم فلا يفترق في الحال بين الظن وعدمه في سقوط الحد ومن القسم الأول ما إذا وطئ الابن جارية أبيه وجارية أمه أو وطئ الرجل جارية امرأته فإن قال ظننت أنها تحل لي لا يجب الحد عليهما عندنا وقال زفر رحمه الله يجب

(١) كشف الأسرار، ٩/٧٧

عليهما الحد ؛ لأن السبب وهو الزنا قد تقرر بدليل أنهما لو قالا علمنا بالحرمة يلزمهما الحد فلو سقط إنما يسقط بالظن والظن لا يغني من الحق شيئا كمن وطئ جارية أخيه أو أخته وقال ظننت أنها تحل لي ولكنا نقول قد تمكنت بينهما شبهة اشتباه ؛ لأن مال المرأة من وجه مال لزوج .

وقيل في تأويل قوله تعالى ﴿ ووجدك عائلا فأغنى ﴾ أي بمال خديجة ولأنها حلال له فربما." (١)

"يشتبه عليه أن حال جاريتها كحالها وكذا في جارية الأب والأم قد يشتبه ذلك باعتبار أن الأملاك متصلة بين الآباء والأبناء والمنافي دائرة والولد جزء أبيه وأمه فربما يشتبه أنها لما كانت حلالا للأصل تكون حلالا للجزء أيضا فيصير الجهل أي الجهل بالحرمة والتأويل أي تأويل أن الجارية تحل لي كما تحل نفس المرأة وكما تحل جاريتي لأبي بالتملك شبهة في سقوط الحد ؛ لأن شبهة الاشتباه مؤثرة في سقوط الحد على من اشتبه عليه كقوم سقوا على مائدة خمرا فمن علم منهم أنه خمر يجب عليه الحد ومن لم يعلم لا يحد دون النسب والعدة يعني يثبت النسب بهذه الشبهة وإن ادعاه ولا تجب العدة بها ؛ لأن الفعل تمحض زنا في نفسه فيمنع ثبوت النسب ووجوب العدة وإن سقط الحد للاشتباه بخلاف الشبهة الحكمية حيث لا يثبت بها النسب ويجب بها العدة كما يسقط بها الحد ؛ لأن الفعل لم يتمحض زنا نظرا إلى قيام الدليل لهذا لم يفترق الحال فيها بين العلم بالحرمة وعدمه وهذا بخلاف ما لو زنى بجارية أخيه أو أخته وقال ظننت أنها تحل لي حيث لم يجعل الجهل شبهة في سقوط الحد ؛ لأن منافع الأملاك بينهما متباينة عادة فلا يكون هذا محل الاشتباه فلا يصير الجهل شبهة .

وكذلك أي كما لا يحد الولد بوطء جارية أبيه عند عدم العلم بالحرمة ويصير جهله شبهة في سقوط الحد لا يحد الحربي الذي أسلم ودخل دارنا فشرب الخمر إذا لم يعلم بالحرمة يصير جهله شبهة في سقوطه بخلاف ما إذا." (٢)

"زنى ظانا أنه ليس بحرام وبخلاف الذمي الذي أسلم وشرب الخمر ظانا أنها حلال حيث يحدان جميعا وهذا أي التفرقة بين شرب الخمر وبين الزنا في الحربي والتفرقة بين الحربي وبين الذمي في شرب الخمر بناء على الأصل الذي ذكرناه وهو أن الجهل في موضع الاشتباه يصلح شبهة دارئة للحد وفي غير موضع الاشتباه لا يصلح لذلك فجهل الحربي بحرمة الخمر في موضع الاشتباه ؛ لأنها ثبتت بالخطاب وهو منقطع عن أهل الحرب ودارهم دار الجهل وضياع الأحكام فيصلح جهله شبهة دارئة للحد .

---

(١) كشف الأسرار، ٨٢/٩

(٢) كشف الأسرار، ٨٣/٩

فأما جهله بحرمة الزنا ففي غير محله ؛ لأن الزنا حرام في الأديان كلها فلم يتوقف العلم بحرمته على بلوغ خطاب الشرع لتحقق حرمته قبله فلا يصلح شبهة في سقوط الحد وكذا جهل الذمي بحرمة الخمر ؛ لأنه من أهل دار الإسلام وتحريم الخمر شائع فيها فلم يصر جهله شبهة لعدم مصادفته محله بل الاشتباه وقع من تقصيره في الطلب فلا يعذر." (١)

"غيره بأمر مولاه انتقل إلى المولى نفس القتل في حق حكمه كأن المولى باشره بنفسه وإن لم ينتقل في حق الإثم حتى لم يجب ضمان ولا قود ؛ لأنه أي قتل العبد بأمر مولاه موضع شبهة أي اشتباه ؛ لأن العبد وإن كان مبقى على أصل الحرية في حق الدم والحياة فلا يصح الأمر بقتله من هذا الوجه ولكن ماليته للمولى فيصح أمره بإتلافها من هذا الوجه كما يصح الأمر بقتل شاة مملوكة له فيصير هذا الوجه شبهة في سقوط القود والضمان بخلاف ما إذا قتل حرا بأمر حر آخر يعني من غير إكراه فإن الضمان على المباشر ؛ لأن هذا الأمر لم يصح بوجه لعدم الولاية فلا يصير شبهة في سقوط القود والضمان .

وهذا إذا لم يكن الآمر ذا سلطنة فإن كان سلطانا فأمره بمنزلة الإكراه إذا كان المأمور يخاف على نفسه بمخالفة أمره ؛ لأن من عادة المتجبرين الترفع عن التهديد بالقتل ولكنهم يأمرون ثم لا يعاقبون من خالف أمرهم إلا بالقتل فباعتبار هذه العادة كان الأمر من مثله بمنزلة التهديد بالقتل كذا في المبسوط والإكراه صحيح كل حال يعني إنما ينسب الفعل إلى الآمر بالأمر إذا صح الأمر وإذا لم يصح اقتصر على الفاعل كما بينا فأما في الإكراه فينسب الفعل إلى المكره إذا أمكن بكل حال سواء أكره حرا على قتل عبده أو على قتل حر آخر وسواء أكره على الحفر في موضع الاشتباه أو في غير موضع الاشتباه كجادة الطريق ؛ لأن الإكراه صحيح أي متحقق في الوجوه كلها لا يمكن دفعه فوجب نسبة الفعل." (٢)

"تتعلق به الرؤية فلفظ إنسان أو رجل في المثال المذكور مستعمل في غير ما وضع له بلا شبهة بقي هاهنا موضع بحث آخر وهو أن زيدا إذا اعتبر لا بخصوصه لا يصح عند سلب الإنسان لا لغة ولا بحسب نفس الأمر فلا يكون مجازا بلا اشتباه .

وأما إذا اعتبر بخصوصه فيصح حينئذ سلبه عنه لغة ولكن لا يصح سلبه عنه بحسب نفس الأمر فينبغي أن لا يكون مجازا أيضا لأن من خصائصه صحة السلب لا بحسب اللغة فقط بل بحسب نفس الأمر أيضا على ما حققه القاضي عضد الدين في شرح المختصر وموجب هذا التحقيق أن لا يكون ذكر العام وإرادة

---

(١) كشف الأسرار ، ٨٤/٩

(٢) كشف الأسرار، ٢٣٤/٩

الخاص من قبيل المجاز والمشهور خلاف ذلك ا هـ .
وهي فائدة نفيسة فاحفظها .
(قوله : خصها العرف العام إلخ) تفسيره للعام بقوله بعد أي الذي يتعارفه جميع الناس ينافي العام هنا إذ لم يرد به ذلك لخروج أهل العراق عنهم وكأنهم أرادوا به هنا ما يتعارفه غالب الناس لمقابلته بعرف أولئك أو إن عرف أولئك حدث بعد اتفاق الجميع على العرف العام ا هـ .
زكريا (قوله : بين الوضع ابتداء) الذي هو مقتضى الحقيقة وقوله وثانيا أي الذي هو مقتضى المجاز قال الناصر وكان على الشارح أن يزيد باعتبار واحد لأنه الممنوع وأجاب سم بأن ذكره في المعلل يغني عن ذكره في العلة .
(قوله : لأنه) أي الاستعمال .
(قوله : أو اللغة) عطف على العرف فأهل مسلط عليه .
(قوله : لأن النبي صلى الله عليه وسلم) إشارة إلى أن المراد بالشرع الشارع مجازا ويحتمل أنه باق على معناه والإضافة." (١)

"مشبهة لما علم اعتباره شرعا ومالك لم يقيد به (قوله : ، ولم يوافقه) يفهم منه أن كاد تدل على أن خبرها منفي إذا كانت مثبتة ، وهو قول مشتهر بين النحاة ، وإن كان التحقيق عند جماعة أنها لا تدل على نفيه ، ولا إثباته قاله الناصر ومنعه سم بأن قوله ، ولم يوافقه كما يحتمل أن يكون لبيان أن هذا النفي من جملة مدلولها يحتمل أن يكون زائدا عليه قصد به بيان الواقع هنا ، ولا نسلم رجحان الاحتمال الأول على الثاني .
(قوله : وليس منه) أي المرسل (قوله : ضرورية) أي دعت إليها الضرورة بأن تكون واحدة من الخمسة التي هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال ، والمراد بكونها قطعية أن يكون الجزم بوجودها حاصلا وبالكلية أن لا تكون مخصوصة ببعض المسلمين دون بعض (قوله : ؛ لأنها مما دل) أي من مناسب دل الدليل على اعتباره وذلك الدليل هو أن حفظ الكلي أهم في نظر الشرع من حفظ الجزئي (قوله : واشترطها) أي المصلحة المذكورة الغزالي قال في المنخول فإن قيل : لو وقعت حادثة لم يعهد مثلها في عصر الأولين ونسخت مصلحة لا يردها أصل ، ولكنها حديثة فهل تتبعونها ، قلنا : نعم ولذلك نقول لو فرضنا انقلاب أموال العالم بجملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة واشتباه الغصوب بغيرها

---

(١) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ٦٥/٣

وعسر الوصول إلى الحلال المحض ، وقد وقع فنبيح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال ؛ لأن تحريم التناول يفضي إلى الهلاك وتخصيصه بمقدار سد الرمق يكف الناس عن." (١)

"عن الجنايات المتعددة نظرا إلى حصول المقصد وهو الانزجار بواحدة فاندرأ تعدد الوجوب بهذه الشبهة (ولو كفر) عن فطر يوم (ثم أفطر) في آخر (فأخرى) أي فيجب كفارة أخرى (لتبين عدم انزجاره بالأولى) أي الكفارة الأولى (فتفيد الثانية) الانزجار (والثاني حقوق العباد كضمان المتلفات وملك المبيع والزوجة وكثير) (و) الثالث (ما اجتمعا) أي حق الله وحق العبد فيه (وحقه تعالى غالب) وهو (حد القذف) لأنه من حيث أنه يقع نفعه عاما بإخلاء العالم عن الفساد حق الله ومن حيث أنه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف حق العبد إذ هو

تيسير التحرير ج:٢ ص:١٨٠

ينتفع به على الخصوص ثم في هذا حق الله تعالى أيضا لما فيه من حق الاستعباد فكان الغالب حق الله (فليس للمقذوف إسقاطه) أي الحد لأن حق الله لا يسقط بإسقاط العبد وإن كان غير متمحض له كما يشهد به دلالة الإجماع على عدم سقوط العدة بإسقاط الزوج إياها وإن كان المقصد منها الاحتراز عن اختلاط ماء الغير بمائه الموجب الاشتباه في نسب ولده وذلك لما فيها من حق الله عز وجل (ولذا) أي ولكون الغالب في هذا الحد حق الله تعالى (ولم يفوض إليه) أي المقذوف ليقيمه على قاذفه (لأن حقوقه تعالى لا يستوفيها إلا الإمام) لاستنابة الله إياه في استيفائها (ولأنه) أي حد القذف (لتهمته) أي القاذف المقذوف (بالزنا وأثر الشيء من بابه) أي باب ذلك الشيء واتباعه وحد الزنا حق الله اتفاقا (فدار) حد القذف (بين كونه لله تعالى خالصا) كحد الزنا (أو) كونه (له) أي لله تعالى (وللعبد) فلا أقل من أن يقال (فتغلب) حق الله (به) قال الشارح أي بحد القذف انتهى ولا وجه له إلا أن تكون الباء بمعنى في والأوجه إرجاع الضمير إلى ما ذكر مما يدل على كون حقه تعالى غالبا وذهب صدر الإسلام إلى أن الغالب فيه حق العبد وبه قال الأئمة الثلاثة (و) الرابع." (٢)

---

(١) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ١٩٧/٥

(٢) تيسير التحرير، ٢٥٩/٢

"ووجوده في الأصل (كالأول) أي مركب الأصل حاصل الكلام أن قولهم المذكور يفيد أنه يكفي المستدل في مركب الوصف إثبات الوجود وإذ قد عرفت أن منع حكم الأصل منع لصحة ما عينه المستدل علمت أنه لا بد فيه أيضا من إثبات الأمرين غير أنه يتجه على عبارته ما قصرت الطاقة عن توجيهه بحيث ترتفع العبارة والله تعالى أعلم (فالأول) أي مثال الأول يعني مركب الأصل (قول الشافعي) في أن الحر لا يقتل بعبد قتله المقتول (عبد فلا يقتل به الحر كالمكاتب المقتول) ذاهبا (عما بقي) من المال (بكتابته) أي ببدلها (و) عن (وارث غير سيده) لا يقتل قاتله الحر به وإن اجتمع السيد والوارث على طلب القصاص فيلحق العبد به بجامع الرق (والحنفي يوافقه) أي الشافعي (فيه) أي في في حكم الأصل وهو عدم قتل الحر بالمكاتب المذكور ويخالفه في العلة (فيقول العلة جهالة المستحق) للقصاص (من السيد والورثة لاختلاف الصحابة في عبديته) نظرا إلى عدم أدائه بدل الكتابة (وحريته) نظرا إلى ما ينزل منزلة الأداء أخرج البيهقي عن الشعبي كان زيد بن ثابت يقول المكاتب عبد ما بقى عليه درهم لا يرث ولا يورث وكان علي رضي الله عنه يقول إذا مات المكاتب وترك مالا قسم ما ترك على ما أدى وعلى ما بقى فما أصاب ما أدى فللورثة وما أصاب ما بقي فللمسلمين وكان عبد الله يقول

تيسير التحرير ج:٣ ص:٢٩١

يؤدي إلى مواليه ما بقي من مكاتبته ولورثته ما بقي وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل هذا واختلافهم يوجب **اشتباه** الولي والقصاص ينتفي **بالشبهة** (فإن صحت) علتي (بطل إلحاقك) العبد بالمكاتب (وإلا) أي وإن لم تصح علتي بل صحت علتك وهي العبدية (منعت حكم الأصل فيقتل الحر به) أي بالمكاتب فلم ينفك الحنفي عن عدم العلة في الفرع على تقدير كونها الجهالة أو منع الحكم على تقدير أنها الرق فلا يتم القياس على التقديرين (ولا يتأتى) أي." (١)

"إلى شخص ظنه كافرا فإذا هو مؤمن وإذا قسط القصاص **بالشبهة** لزمه الدية في ماله لأن فعله عمد ويجب له منها نصف الدية إذ بعفو شريكه وجب له نصف الدية على المقتول فيصير نصف الدية قصاصا بالنصف ويؤدي ما بقي ولو علم سقوطه بالعفو ثم قتله عمدا يجب القود عليه وقال زفر عليه

---

(١) تيسير التحرير، ٤١٩/٣

تيسير التحرير ج:٤ ص:٢٢٣

القصاص علم به أولا كما لو قتل رجلا يظن أنه قتل وليه ثم جاء وليه حيا (و) مثل (المحتجم) في نهار رمضان (إذا ظنها) أي الحجامة (فطرته) فأفطر بعدها (لا كفارة) عليه وإنما عليه القضاء (لأن) قوله – صلى الله عليه وسلم – (أفطر الحاجم والمحجوم) رواه أصحاب السنن وصححه ابن حبان والحاكم (أورث **شبهة** فيه) أي في وجوب الكفارة بالفطر بعد الحجامة (وهذه الكفارة يغلب فيها معنى العقوبة) على العبادة عندنا (فتنتفى **بالشبهة**) وهذا يدل على أن العامي إذا اعتمد على الحديث غير عالم بتأويله ونسخه ففعل ما يوجب الكفارة كان ذلك مورثا **للشبهة** في حقه كما أن قول المعتمد في الفتوى في البلد يورثها بحيث لو أفطر العامي بقوله لا تلزمه الكفارة بل الحديث أولى بذلك وقال أبو يوسف عليه الكفارة إذ ليس للعامي الأخذ بظاهر الحديث لجواز كونه مصروفا عن ظاهره أو منسوخا بل عليه الرجوع إلى الفقهاء وإذا لم يستند ظنه إلى دليل شرعي وأفطر يجب عليه الكفارة اتفاقا لأنه حينئذ جهل مجرد وهو ليس بعذر في دار الإسلام (ومن زنى بجارية والده) أو والدته (أو زوجته) حال كونه (يظن حلها لا يحد) عند الثلاثة وقال زفر يحد ولا عبرة بظنه الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه وعمه يظن الحل (**للاشتباه**) لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال بخلاف الأخ والعم (ولا يثبت نسب) بهذا الوطء وإن ادعاه الواطئ (ولا عدة) أيضا على الموطوءة بهذا الوطء (لما) عرف (في موضعه) إذ لا حق ره في المحل وللعاهر الحجر ولا عدة عن الزنا وتسمى هذه." (١)

"هذا ممنوع قطعا لأن المذكور في كتب الأصول كالعضد وغيره أن هذا القائل خالف الأول وقال: إن الدليل عقلي. قوله: (ليس عقليا صرفا) قد عرفت أن الدليل الذي هو مفرد عقلي صرف. قوله: (على محض **الاشتباه**) أي **اشتباه** طريق الأصوليين بطريق المناطقة أو **اشتباه** الدليل بوجه الدلالة. قول المصنف: (وقالت الظاهرية لا يجب مطلقا) أي بل يمتنع كما هو مقتضى الدليل. قوله: (حتى يمتنع العمل به في الفتوى والشهادة) أي بل يعمل به فيهما إجماعا كما مر، والفرق أن حكم المفتي خاص بمقلده وكذلك الشهادة خاصة بما وقعت فيه وحكم خبر الواحد عام في الأشخاص والأزمان.

رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ١١٦

(١) تيسير التحرير، ٤/٣٢٧

قول الشارح:

(تقدم جواب ذلك قريبا)

أي بناء على أن المتبع خبر الواحد وقد يمنع بأن المتبع الإجماع على وجوب العمل بخبر الواحد كذا في العضد.

رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ١١٧

قول الشارح:

(لا نسلم أنه شبهة)

(١١٧/٣)

___." (١)

"فهذه المسائل وغيرها قد عنى بدراستها وتوضيح ما يصنع الشبهة فيها عنى بها علماء السنة وأفردوا لها التصانيف المختلفة التي حولتها من مواطن اشتباه أو مآخذ كما يتلمس الكارهون إلى حيث أصبحت جميعها مصدر سعة وثراء ورفع للحرج عن الإنسان في التشريع الإسلامي يحسب له ولا يعاب عليه .

(الشبهة السابعة):هي قولهم :- إن حملة السنة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم كانوا جنودا للسلاطين والملوك في العصر الأموي والعباسي فكانوا يضعون لهم من الأحاديث ما يوافق رغباتهم ويثبت ملكهم.." (٢)

"إذا اشتبهت منكوحة الرجل بأجنبية عنه .كأن عقد عليها ولم يرها ثم اختلطت بغيرها . وجب عليه الكف عنهما وحرمتا عليه ..

أما الأجنبية فوجوب الكف عنها بالأصالة .

وأما الزوجة فالكف عنها واجب ؛ لاشتباهها بالأجنبية (٣) .

(١) انظر : المحصول ١/٢٩١ والبحر المحيط ١/٢٣٠ والتمهيد للإسنوي /٨٥ وحقائق الأصول ١/٢٣٤

(٢) التمهيد للإسنوي /٨٥ ، ٨٦ بتصرف .

(٣) انظر : الإبهاج ١/١١٣ ونهاية السول ١/١٣٧ والضياء اللامع ١/٣٤٦ وحقائق الأصول ١/٢٣٥ وتيسير التحرير ٢/٢١٨ والتقرير والتحبير ٢/١٣٨ وشرح المحلي مع =

---

(١) حاشية البناني، ٥٢/٣

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/١٥٦

وجه اللبس في هذا الفرع : أن القول بحرمتهما يجعل الفرع مخرجا على قاعدة ما لايتم الحرام إلا به (مقدمة الحرام) .

وإن قلنا : التحريم بمعنى : وجوب الكف كان مفرعا على القاعدة (مقدمة الواجب) ، فيكون الكف عن الأجنبية واجبا ، ولا يتحقق العلم به إلا بالكف عن الزوجة ، فوجب الكف عنها لأن الواجب لا يتم إلا به .

الفرع الثاني

معاملة من في ماله حرام

اختلف العلماء في حكم معاملة من في ماله حرام على أقوال :

القول الأول : حرام ..

وقطع به ابن أبي الفرج في " المنتخب " ، وقال ابن عقيل :" وقد قال الإمام أحمد :" لا يعجبني أن يأكل منه " ، وسأل المروزي أبا عبد الله عن الذي يعامل بالربا يؤكل عنده ؟ قال :" لا ، وقد لعن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – آكل الربا وموكله (١) ، وقد أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بالوقوف عند الشبهة " ا.هـ (٢) .

القول الثاني : إن زاد الحرام عن الثلث حرم الكل وإلا فلا ؛ لأن الثلث ضابط في مواضع .

القول الثالث : إن كان الأكثر الحرام حرم وإلا فلا ؛ إقامة للأكثر مقام الكل ..

قطع به ابن الجوزي في " المنهاج " ..

= العطار ٢٥٥/١ وحاشية البناني ١٩٧/١ والأشباه والنظائر للسيوطي /١٠٦ والمجموع المذهب ٥٧٦/٢ ، ٥٧٧

(١) رواه مسلم والترمذي وابن ماجة وغيرهم .." [1]

" فصحيح وأما كونه مأمورا به بصيغة افعل فصحيح أيضا عند من يحتج بقول الله تعالى فاعتبروا يا أولي الأبصار وما جرى مجراه من ألفاظ الأمر وأما من يحتج بالإجماع أو بالعقل فلا يمكنه علم ذلك

(١) إبهاج العقول في علم الأصول، ص/١٣٨

لجواز أن يكون ما دل الأمة على صحة القياس هو إخبار من النبي صلى الله عليه و سلم بصحته وثبوت التعبد به

وأما وصفه بانه دين الله عز و جل فلا شبهة فيه إذا عني بذلك أنه ليس ببدعة وإن عني غير ذلك فعند الشيخ ابي الهذيل رحمه الله انه لا يطلق عليه ذلك لأن اسم الدين يقع على ما هو ثابت مستمر وأبو علي رحمه الله يصف ما كان منه واجبا بذلك وبأنه إيمان دون ما كان منه ندبا وقاضي القضاة رحمه الله يصف بذلك واجبه وندبه

والقياس الشرعي ضربان واجب وندب والواجب ضربان أحدهما واجب على الأعيان والتضييق والآخر على الكفاية فالذي على الأعيان والتضييق هو قياس من نزلت به حادثة من المجتهدين أو كان قاضيا فيها أو مفتيا ولم يقم غيره مقامه وضاق الوقت والواجب على الكفاية أن يقوم غيره مقامه في الفتوى والندب فهو القياس فيما لم يحدث من المسائل مما يجوز حدوثه فقد ندب الإنسان إلى إبلاء الاجتهاد فيه ليكون الجواب فيه معدا لوقت الحاجة باب الكلام في شروط القياس وما يصححه وما يفسده

اعلم أن القياس لما كان هو إثبات حكم الأصل في الفرع لاشتباههما في علة الحكم كان الكلام فيه إما كلاما في العلة التي هي دليل الحكم أو كلاما في ." (١)

" قال وإن اجتمعت الرفقة كل يوم على طعام فذلك أحب الى من النهد

وقال النووى فى آخر الشركة من الروضة يستحب الإشتراك للمسافرين فى الزاد مجلسا مجلسا قاله الأصحاب وصحت فيه الأحاديث

ومناط الاشتباه أنواع أحداها تعارض ظواهر الأدلة ثانيها

تعارض الأصول المختلفة بأنها تلحق ثالثها

اختلاط الحلال بالحرام وعسر التمييز بينهما رابعها

اختلاف الأئمة وما عدا هذا فالشبهة فيه من باب الربا لا الورع

ولهذا قال الخطابى من ترك النكاح فى بلد كبيرة لاحتمال أن يكون فيها ." (٢)

"والذي يغلط بالمصادرة على المطلوب الأول يأخذ العبيرات، فإن كانت ظاهرة لم تقبل، وإن خفيت وتنبه لها عند الإنتاج، قيل إن المراد فيما سلمت غير ما أوردت، ولو سلمت هذا لسلمت ما فيه النزاع،

(١) المعتمد، ٢/٢٤٤

(٢) المنثور، ٢/٢٢٩

وحينئذ لا تجد المغالطة سبيلا إلى إلزام كذب أو تشنيع. وإذا استعمل المغالط بدل ما في المصادرة على المطلوب الأول من لفظ كلي قولا مبنيا على المقايسة، أو لم يكن للكلي المستعمل اسم، وكان قولا ما فبدله بقول قياسي – كما نقول على ما يجري مجرى الإنسان والفرس ويشبهه، فهو يحرك فكه الأسفل – ويجعله يغير ما يصادر به من المطلوب الأول على هذه الجملة – أو في غير المصادرة أيضا – ثم أنتج منه، فله أن يقول: إنما سلمت لك فيما يجري مجرى الإنسان ولم أسلم لك في كل شيء، وهذا ليس يجري مجرى الإنسان، فإنه يخالفه من قبل كذا. وذلك لأنه إن لم يفعل هذا تم له التبكيت، وخفى ما يريده من المصادرة على المطلوب الاول، إذا كان تغييره على هذا النحو من التغيير بانتقال إلى جزئي أو المعلومة. فإذا استعمل اسما حقيقيا لم يكن بد من الجواب، أو من القسمة إذا كان في بعض دون بعض. ويعرض أن يكون الاسم حقيقيا في القضية ليس فيها اشتباه ولا إيهام اشتراك، وإن كان في نفسه مشتركا فيحوج ظهور معناه إلى التسليم أو القسمة، ثم يكون إذا استعمل في مقدمة أخرى استعمل بوجه آخر مما له في نفسه من الاشتراك – وتكون حاله ما ذكرنا – فيعرض في النتيجة أن تكون على نحو كاذب، كما أنه يقال: " إن ما هو لأهل بلد كذا فهو ملك لهم، والحيوان كذلك هو للإنسان، فهو إذن ملك له " ؛ فتكون كل قضية تستعمل فيها لفظة " له " بمعنى معقول محصل، ولكن يغلط في النتيجة، إذ تؤخذ في النتيجة على معنى آخر. وقد علمت أن القياس لا يكون بالحقيقة قياسا، أو تكون هناك الاشتراكات الثلاثة التي للمقترنتين في أنفسهما، والتي لمقدمة مقدمة مع النتيجة. و إذا كان اللازم غير منعكس – كما قلنا – فينبغي أن نجيب في العكس بالجزئية، فلا يتهيأ التبكيت بالجزئي، فإن التجربة تحمله على إيراد الشروط، وتكثير القضايا؛ ويعسر حينئذ التأليف الصحيح في الحق فضلا عن الباطل.

وإذا كانت المسألة كلا طرفيها مشهور – كما هو في النفس من فسادها وغير فسادها؛ وفي القطر مشارك للضلع عند أصحاب الجزء ألبتة، وعند المهندس غير مشارك ألبتة؛ وأشياء أخرى مثل ذلك – فكان كل طرف مقبولا ومضادا للنقيض، فيسهل علينا في مثلها أن نقاوم، إذ يكون لنا أن لا نقبل أي الطرفين شئنا. وإذا لم يكن أحد الطرفين معتاد القبول والتسليم، وكان كل واحد من طرفي النقيض يصدق بشرط يقترن به، لم ينتفع الممارون بأماله؛ وذلك لأن للمجيب أن لا يسلم أي ذلك شاء. أما القسم الأول فلأن تسليم شيء من الطرفين غير معتاد، وأما الثاني فلأنه لما خلا عن الشرط كان حكمه حكم الأول، فإذا ألحق به الشرط، كان للآخر أن يلحق به الشرط، ثم لم يسلم مع شرط. وبالجملة تجاذب الفيضين في القبول وغير القبول يضعف سورة التبكيت؛ فإذا كان عند الإنسان معرفة حاضرة يحيط بها بكيفية العسرة في السؤالات وكيفية

حلها، سارع إلى الحل وحد المقاومة. ولأن تمنع العقد أولى من أن تلبث إلى وقت الحاجة إلى الحل. وإنما تمنع عقد التبكيت الباطل أن تحس باتصال المقدمة المسئول عنها بالنتيجة أنكرتها، وللآخر أن يظهر وجه إنكاره لها؛ فإن هذا فعل الفحول من المجادلين، وبذلك يتلقون القياس الكاذب.

والقياس قد يكون مغالطيا إما لمادته فقط – إذا كانت صورته قياسية – فهذا ينقض من جهة مقدماته؛ وقد يكون مغالطيا، لأنه يشبه في صورته القياس، وليس بقياس؛ على ما علمت. وهذا فإن الحل قد يكون فيه من الوجهين جميعا، إذا كانت المقدمات أيضا كاذبة؛ فعلى الحال أن ينظر في ذلك في صورته أيضا، ويحل **الشبهة** منها؛ وينظر أيضا في النتيجة - فإن النتيجة إذا كانت كاذبة نبهت على القياس وما فيه من الغلط – ويشرح سوء تسليم إن كان قد وقع، فإنه كما ليس الفكر كالبديهة، كذلك ليس التنبيه للسؤال – وهو بعد سؤال – كالتنبيه له إذا أنتج. فهذا هو وجه التحرز، والتمكن من الحل، ومقاومة السوفسطائية.

وأما تعقب تبكيتاتهم، وإيضاح السبب فيها، فقد يعلم مما سلف، ويزيده معرفة به معاودتنا النظر في كل واحد منها.

الفصل الرابع

(د) فصل

في حل التبكيتات المغالطية." (١)

"ص –٢٥٤–...وفي الحديث: "إنكم قد استقبلتم عدوكم والفطر أقوى لكم"١.

وكذلك إن كان ترك المكروه الذي له فيه حظ يؤدي إلى ما هو أشد كراهة منه، غلب الجانب الأخف، كما قال الغزالي: إنه ينبغي أن يقدم طاعة الوالدين في تناول المتشابهات٢، على التورع عنها مع عدم طاعتهما، فإن تناول المتشابهات٢ للنفس فيها حظ، فإذا كان فيها **اشتباه** طلب التورع عنها وكره تناولها لأجله، فإن كان في تناولها رضى الوالدين، رجح جانب الحظ هنا بسبب ما هو أشد في الكراهية، وهو مخالفة الوالدين، ومثله ما روي عن مالك أن طلب الرزق في **شبهة** أحسن من الحاجة إلى الناس٣.

فالحاصل أن الحظوظ لأصحاب الحظوظ تزاحم الأعمال، فيقع الترجيح بينها فإذا تعين الراجح ارتكب وترك ما عداه، وبسط هذه الجملة هي عمدة كلام الفقهاء في تفاريع الفقه.

---

١ أخرجه مسلم في "الصحيح" "كتاب الصيام، باب أجر المفطر في السفر إذا تولى العمل، ٢/ ٧٨٩/ رقم

---

(١) المنطق، ٢/١٦٨

١١٢٠"، عن أبي سعيد الخدري، بلفظ: "إنكم قد دنوتم من عدوكم، والفطر أقوى لكم"، و"إنكم مصبحو عدوكم، والفطر أقوى لكم".

٢ في "ط": "المشتبهات".

٣ الوجه في ذلك أن الحاجة إلى الناس مما يترامى بالنفوس على أبواب المهانة، وقد عنيت الشريعة بما يرفعها إلى مراقي العز والشرف حتى أسقطت للمحافظة على كرامة النفس وصيانة ماء المحيا بعض الواجبات، كما أجازت للرجل أن يتيمم ولا يقبل الماء ممن يقدمه له على وجه الهبة لما في مثل ذلك من المنة المكروهة لدى النفوس المتطلعة إلى عز شامخ ومجد أثيل. "خ".." (١)

" صفحة رقم ١٧١

وهو أن يستغني بموافقة الخصم في الأصل ، مع منعه علة الأصل ،

أو منعه وجودها في الأصل ، فالأول : مركب الأصل ؛ مثل : ' عبد ' ، فلا

يقتل به الحر ، كالمكاتب ، فيقول الحنفي : العلة جهالة المستحق من السيد والورثة ،

فإن صحت ، بطل الإلحاق ، وإن بطلت ، منع حكم الأصل ، فما ينفك عن عدم العلة

في الفرع أو منع الأصل .

" هامش "

الآمدي ، وسمي هذا النوع من القياس ب ' القياس المركب ' ، والصحيح : أن المركب أخص منه ، وهو : أن يكون الحكم متفقا عليه بين الخصمين ، لكن لعلتين مختلفتين ، أو لعلة يمنع لخصم وجودها في الأصل ، وعلى هذا جرى الآمدي والمصنف - فقال :

' وهو : أن يستغني ' المستدل ' بموافقة الخصم في الأصل ' ، إما ' مع منعه

علة الأصل ، أو ' موافقته عليها ، ولكن مع ' منعه وجودها في الأصل ، فالأول ' يقال له :

' مركب الأصل ' ، وهو : ' مثل ' قول الشافعي - فيما إذا قتل الحر عبدا - : المقتول ' عبد ،

فلا يقتل به الحر ، كالمكاتب ' إذا قتل وترك وفاء ، ووارثا مع المولى .

فإن أبا حنيفة يقول هنا : لا قصاص ، فيلحق العبد به - هنا - بجامع الرق ، فالشافعي لا يحتاج إلى إقامة الدليل ، على عدم القصاص في هذه الصورة ؛ لموافقة خصمه ، ' فيقول

---

(١) الموافقات. ط ابن عفان - مشهور حسن، ٣٣٩/٤

الحنفي ' ناقضا عليه ما جعله الشافعي علة – وهو الرق – : ' العلة جهالة المستحق من السيد والورثة ' .

قالت الحنفية : والسيد والورثة وإن اجتمعوا في هذه الحالة على طلب القصاص لا يزول **الاشتباه** ؛ لاختلاف الصحابة في مكاتب يموت عن وفاء .

قال بعضهم : يموت عبدا ، فتبطل الكتابة .

وقال بعضهم : يؤدي بدل الكتابة من اكتسابه ، ويحكم بعتقه في آخر جزء من حياته ، فقد اشتبه الولي مع هذا الاختلاف ، فامتنع القصاص .

فإن اعترض عليهم : بأنكم لا بد أن تحكموا – في هذه الحالة – بأحد هذين القولين ، إما بموته عبدا ، أو حرا ، وأيا ما كان فالمستحق معلوم .

قالوا : نحن نحكم بموته حرا ، بمعنى : أنه يورث ، لا بمعنى : وجوب القصاص على قاتله الحر ؛ لأن حكمنا بموته حرا ظني ؛ لاختلاف الصحابة ، والقصاص ينتفي **بالشبهة** ، وهذه جهالة تصلح دارئة للقصاص ، ولا يمتنع علمنا بمستحق الإرث المالي .." (١)

"وما فيه **اشتباه** للكراهة انتمى ** والفرض والواجب قد توافقا

كالحتم واللازم مكتوب وما ** فيه **اشتباه** للكراهة التبس

هنا دل على هذا الحديث: «إن الحلال بين وإن الحرام بين». ولهذا لا ينكر يقال مثلا في بعض المسائل: يعلل الحكم بالخلاف تجد كثير من المسائل يقولون: يكره للخلاف يعني: لورود الخلاف وهذا التعليل صحيح لكن بشرط أن يكون الخلاف معتبرا:

وليس كل خلاف جاء معتبرا ** إلا خلاف له حظ من النظر

من جهة القائل ومن جهة وجه الاستدلال ولذلك يذكر في كثير في أبواب المياه يقولون: يكره وإذا سخن بالنجس كره يعني ماذا؟ لورود الخلاف ولذلك إذا احتاج إليه قالوا: ارتفعت الكراهة إذ لا يترك واجب **لشبهة**، انظر قالوا: مكروه ثم قالوا: لا يترك واجب **لشبهة** هذا في المذهب عندهم فأطلقوا على المشتبه لأن بعض أهل العلم يمنع من الوضوء به وبعضهم يجيز، والصواب الجواز لورود الخلاف فيه يطلق عليه بأنه مكروه أما الخلاف الضعيف المستند على دليل ضعيف منكر إلى آخره أو وجب الاستدلال يكون بعيدا وهذا الخلاف لا يعتبر ولا يطلق على الخلاف بأنه يكره على ما ترتب على الاختلاف من **الاشتباه** أنه

---

(١) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ١٧١/٤

مكروه.

الموضع الرابع: يطلق المكروه على ترك ما مصلحته راجحة هذا في المذهب عند الحنابلة، على ترك ما مصلحته راجحة وهو ما يسمى بترك الأولى كترك المندوبات ترك المندوبات هذا مثل خلاف الأولى عند الشافعية، عندنا في المذهب ترك الأولى إذا ترك المندوبات.

الموضع الخامس: الذي يطلق عليه المكروه يطلق على ما كان مكروها لمصلحة دنيوية وهذا يكثر منه النوع في المجموع وغيره يقول: المكروه كراهة إرشادية مكروه للإرشاد إذا كانت المصلحة هنا دنيوية.." [(١)]

"موضع اشتباه، فيكون اللفظ خفيا بالنسبة إلى هذا الفرد لأن تناوله له لا يفهم من نفس اللفظ بل لا بد له من أمر خارجي مثاله: قال تعالى: والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما (١).

فلفظ السارق فى الآية الكريمة يطلق على من يأخذ مال الغير خفية من حرز مثله (٢)، وهذا هو المفهوم الشرعى له، والظاهر منه أنه يتناول جميع أفراده حتى من يسرق الناس فى يقظتهم بنوع من المهارة وخفة اليد وهو المسمى «الطرار» (٣) كما يتناول بحسب الظاهر النباش الذى يسرق أكفان الموتى فى قبورهم، لكن فى اختصاص من يسرق الناس فى يقظتهم باسم الطرار، وفى اختصاص من يسرق الأكفان باسم النباش جعل لفظ السارق خفى المعنى بالنسبة إليهما، لأن انطباق معناه عليهما.

لا يفهم من نفس اللفظ، بل لا بد له من أمر خارجى. فتسمية الطرار والنباش بهذا الاسم، أورثت شبهة فى صدق لفظ السارق عليهما، واحتيج فى معرفة ذلك إلى شيء من البحث والتأمل.

وقد بحث العلماء فى هذا فوجدوا أن الطرار سمى بهذا الاسم الخاص لزيادة معناه عن معنى السارق، لأن السارق يسرق الأعين النائمة وهذا يسارق الأعين المتيقظة، ومن ثم اتفقوا على تطبيق حكم السارق عليه (٤).

أما النباش فقد اختص بهذا الاسم لنقصانه فى معنى السرقة، لأنه لا يأخذ مالا مرغوبا فيه من حرز أو حافظ، لأن القبر لا يصلح أن يكون حرزا، والميت لا يصلح حافظا فلا يتناوله لفظ السارق، فلا يقام عليه

---

(١) سورة المائدة الآية: ٣٨.

(٢) مغنى المحتاج ٤/ ١٥٨.

(٣) الطرار هو الذى يشق كم الرجل ويأخذ ما فيه فهو مأخوذ من الطر وهو القطع والشق- لسان العرب

---

(١) شرح نظم الورقات، أحمد بن عمر الحازمي ١١/١٣

٣/ ٢٦٥٤ – .

(٤) المحرر فى الفقه ٢/ ١٥٦، والمجموع ٢٠/ ٧٥.." (١)

"لا تعقد إلا للإبانة فيه، وهذا كالعلة تنقض فيعد انقطاعا وإن أمكنه الاحتراز عنه في المجلس لأنه صار لا يطرد إلا بوصف آخر، وكان انقطاعا فإذا صار لا يثبت إلا بعلة أخرى فأولى إلا أن يكون الانتقال إلى علة أخرى لضرب شبهة في الأولى يخاف بها الاشتباه على السامع، فينتقل إلى ما لا شبهة فيه قطعا لتلك بالشبهة كإبراهيم عليه السلام انتقل مع كون الأولى صحيحة فإن اللعين ما كان يحي حقيقة، ولا يميت وإنما عارضه بالشبه والمجاز، فخاف إبراهيم عليه السلام الالتباس على العامة فانتقل إلى حجة لا شبهة فيها.

وكذلك أهل النظر استحسنوا قولهم بعد الجواب، على أنا نقول شروعا في جواب آخر: ما الحجج إلا أنوار، وحسن ضم السراج إلى مثله لتنوير المكان، وإنما يقبح ضم ما ليس ببرهان، وهذا الذي ذكرناه كله حسن من المجيب، فأما السائل فلا يحسن منه المعارضة بوصف مختلف فيه على أن يثبته بدليل لأنه دافع وليس ببان وقد أعياه الدفع بوصفه إلا بناء على أصله، وبالله التوفيق.." (٢)

"فصحيح وأما كونه مأمورا به بصيغة افعل فصحيح أيضا عند من يحتج بقول الله تعالى ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾ وما جرى مجراه من ألفاظ الأمر وأما من يحتج بالإجماع أو بالعقل فلا يمكنه علم ذلك لجواز أن يكون ما دل الأمة على صحة القياس هو إخبار من النبي صلى الله عليه وسلم بصحته وثبوت التعبد به

وأما وصفه بانه دين الله عز وجل فلا شبهة فيه إذا عني بذلك أنه ليس ببدعة وإن عني غير ذلك فعند الشيخ ابي الهذيل رحمه الله انه لا يطلق عليه ذلك لأن اسم الدين يقع على ما هو ثابت مستمر وأبو علي رحمه الله يصف ما كان منه واجبا بذلك وبأنه إيمان دون ما كان منه ندبا وقاضي القضاة رحمه الله يصف بذلك واجبه وندبه

والقياس الشرعي ضربان واجب وندب والواجب ضربان أحدهما واجب على الأعيان والتضييق والآخر على الكفاية فالذي على الأعيان والتضييق هو قياس من نزلت به حادثة من المجتهدين أو كان قاضيا فيها أو مفتيا ولم يقم غيره مقامه وضاق الوقت والواجب على الكفاية أن يقوم غيره مقامه في الفتوى والندب فهو

---

(١) دراسات أصولية في القرآن الكريم، محمد إبراهيم الحفناوى ص/٢٧٢

(٢) تقويم الأدلة في أصول الفقه الدبوسي، أبو زيد ص/٣٧٠

القياس فيما لم يحدث من المسائل مما يجوز حدوثه فقد ندب الإنسان إلى إبلاء الاجتهاد فيه ليكون الجواب فيه معدا لوقت الحاجة – صلى الله عليه وسلم – باب الكلام في شروط القياس وما يصححه وما يفسده – صلى الله عليه وسلم –

اعلم أن القياس لما كان هو إثبات حكم الأصل في الفرع لاشتباههما في علة الحكم كان الكلام فيه إما كلاما في العلة التي هي دليل الحكم أو كلاما في." (١)

"إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال لأن في المراد بها معنى التردد فلا تكون موجبة للحكم ما لم يزل ذلك التردد بدليل يقترن بها وعلى هذا سمى الفقهاء لفظ التحريم والبينونة من كنايات الطلاق وهو مجاز عن التسمية باعتبار معنى التردد فيما يتصل به هذا اللفظ حتى لا يكون عاملا إلا بالنية فسمي كناية من هذا الوجه مجازا فأما إذا انعدم التردد بنية الطلاق فاللفظ عامل في حقيقة موجبه حتى يحصل به الحرمة والبينونة ومعلوم أن ما يكون كناية عن غيره فإن عمله كعمل ما جعل كناية عنه ولفظ الطلاق لا يوجب الحرمة والبينونة بنفسه فعرفنا أنه عامل بحقيقته وإنما سمي كناية مجازا إلا قوله اعتدي فإنه كناية لاحتماله وجوها متغايرة وعند إرادة الطلاق لا يكون اللفظ عاملا في حقيقته فإن حقيقته من باب العد والحساب وذلك محتمل عدد الأقراء وغير ذلك فإذا نوى الطلاق وكان بعد الدخول وقع الطلاق بمقتضاه من حيث إن الاحتساب بعدد الأقراء من العدة لا يكون إلا بعد الطلاق فكأنه صرح بالطلاق ولهذا كان الواقع رجعيا ولا يقع به أكثر من واحدة وإن نوى وإن كان قبل الدخول يقع الطلاق به عند النية على أنه لفظ مستعار للطلاق شرعا فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسودة اعتدي ثم راجعها وقال لحفصة اعتدي ثم راجعها وكذلك قوله استبرئي رحمك وكذلك قوله أنت واحدة فإن في قوله واحدة احتمال كونه نعتا لها أو للتطليقة فلا يتعين بدون النية وعند النية يقع الطلاق به بطريق الإضمار أي أنت طالق تطليقة واحدة ولهذا كان الواقع به رجعيا

ثم الأصل في الكلام الصريح لأنه موضوع للإفهام والصريح هو التام في هذا المراد فإن الكناية فيها قصور باعتبار الاشتباه فيما هو المراد ولهذا قلنا إن ما يندرىء بالشبهات لا يثبت بالكناية حتى إن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح كالزنا والسرقة لا يصير مستوجبا للعقوبة وإن ذكر لفظا هو كناية ولهذا لا تقام هذه العقوبات على الأخرس عند إقراره به بإشارته لأنه لم يوجد التصريح بلفظه وعند إقامة البينة عليه لأنه ربما يكون عنده شبهة لا يتمكن من إظهارها في إشارته وعلى

---

(١) المعتمد أبو الحسين البصري المعتزلي ٢/٢٤٤

هذا لو قذف رجل رجلا بالزنا فقال له رجل آخر صدقت فإن الثاني لا يستوجب الحد لأن ما يلفظ به كناية عن القذف لاحتمال مطلق التصديق وجوها مختلفة وكذلك لو قال لغيره أما أنا فلست بزان لا يلزمه حد القذف لأنه تعريض وليس بتصريح بنسبته إلى الزنا فيكون قاصرا في نفسه." (١)

"الكتابة بقلم الوحي دليلا على أنها منزلة للفصل والكتابة بخط على حدة دليلا على أنها ليست من أول السورة وظاهر ما ذكر في الكتاب علماؤنا يشهد به فإنهم قالوا ثم يفتتح القراءة ويخفي بسم الله الرحمن الرحيم فقد قطعوا التسمية عن التعوذ وأدخلوها في القراءة ولكن قالوا لا يجهر بها لأنه ليس من ضرورة كونها آية من القرآن الجهر بها بمنزلة الفاتحة في الأخريين وإنما قالوا يخفي بها ليعلم أنها ليست بآية من أول الفاتحة فإن المتعين في حق الإمام الجهر بالفاتحة والسورة في الأوليين وعلى هذا نقول يكره للجنب والحائض قراءة التسمية على قصد قراءة القرآن لأن من ضرورة كونها آية من القرآن حرمة القراءة على الجنب والحائض ولكن لا يتأدى بها فرض القراءة في الركعة عند أبي حنيفة رحمه الله **لاشتباه** الآثار واختلاف العلماء وأدنى درجات الاختلاف المعتبر إيراث **الشبهة** به وما كان فرضا مقطوعا به لا يتأدى بما فيه **شبهة** ولسنا نعني **الشبهة** في كونها من القرآن بل في كونها آية تامة فإنه لا خلاف في أنها من القرآن في قوله تعالى ﴿وإنه بسم الله الرحمن الرحيم﴾

فإن قيل فقد أثبتم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات كونه قرآنا في حق العمل به ولم يوجد فيه النقل المتواتر ولم تثبتوا في التسمية مع النقل المتواتر كونها آية من القرآن في حكم العمل وهو وجوب الجهر بها في الصلاة وتأدي القراءة بها

قلنا نحن ما أثبتنا بقراءة ابن مسعود كون تلك الزيادة قرآنا وإنما جعلنا ذلك بمنزلة خبر رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلمنا أنه ما قرأ بها إلا سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وخبره مقبول في وجوب العمل به وبمثل هذا الطريق لا يمكن إثبات هذا الحكم في التسمية لأن برواية الخبر وإن علم صحته لا يثبت حكم جواز الصلاة ولأنه ليس من ضرورة كونها آية من القرآن وجوب الجهر بها على ما بينا أن الفاتحة لا يجهر بها في الأخريين وما كان ثبوته بطريق الاقتضاء يتقدر الحكم فيه بقدر الضرورة لأنه لا عموم للمقتضى

ثم قال كثير من مشايخنا إن إعجاز القرآن في النظم وفي المعنى جميعا خصوصا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حيث قالا بالقراءة بالفارسية في الصلاة لا يتأدى فرض القراءة وإن كان مقطوعا به أنه

---

(١) أصول السرخسي السرخسي ١/١٨٩

هو المراد لأن الفرض قراءة المعجز وذلك في النظم والمعنى جميعا

قال رضي الله عنه والذي يتضح لي أنه ليس مرادهم من هذا أن." (١)

"نقل رجوعهما عن ذلك أيضا وكذلك خبر الصرف فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يجوز التفاضل مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا إلا في النسيئة وقد نقل رجوعه عن ذلك فلشبهة الاختلاف في الصدر الأول قلنا بأنه لا يضلل جاحده ولكن يخشى عليه المأثم ولأن باعتبار رجوعهم يثبت الإجماع (وقد ثبت الإجماع) على قبوله من الصدر الثاني والثالث ولا يسع مخالفة الإجماع فلهذا يخشى على جاحده المأثم

وأما النوع الثالث فقد ظهر فيه الاختلاف في كل قرن فكل من ترجح عنده جانب الصدق فيه بدليل عمل به وكان له أن يخطيء صاحبه ولكن لا يخشى عليه المأثم في ذلك لأنه صار إليه عن اجتهاد والإثم في الخطأ موضوع عن المجتهد على ما نبينه إن شاء الله تعالى

وأما الغريب المستنكر فإنه يخشى المأثم على العامل به وذلك نحو خبر القتل في القسامة وخبر القضاء بالشاهد واليمين لأنه مخالف لظاهر القرآن وقد ترك العلماء في القرن الأول والثاني العمل به فبه يقرب من الكذب كما أن المشهور يقرب من الصدق بتلقيهم إياه بالقبول والعمل به فكما يخشى المأثم هناك على ترك العمل به لقربه من الصدق فكذلك يخشى على من يعمل بالغريب المستنكر لقربه من الكذب والثابت بمثله مجرد الظن ومن الظن ما يأثم المرء باتباعه قال تعالى ﴿وظننتم ظن السوء﴾ وقال تعالى ﴿إن بعض الظن إثم﴾ وهو نظير من يصير إلى التحري عند اشتباه القبلة فيعمل به مع وجود الدليل ويترك العمل بالدليل ولا شك في تأثيم من يدع العمل بالدليل ويعمل بالظن فهذا مثله والله أعلم

ذكر عيسى رحمه الله أنه ليس لما ينعقد به التواتر حد معلوم من حيث العدد وهو الصحيح لأن خبر التواتر يثبت علم اليقين ولا يوجد حد من حيث العدد يثبت به علم اليقين وإذا انتقص منه بفرد لا يثبت علم اليقين ولكنا نعلم أن بالعدد اليسير لا يثبت ذلك لتوهم المواطأة بينهم وبالجمع العظيم يثبت ذلك لانعدام توهم." (٢)

"هذا قولا بزيادة خبره على خبر المعصوم عن الكذب

وأما من قال بأن خبر الواحد يوجب العلم فقد استدل بما روي أن النبي عليه السلام قال لمعاذ حين وجهه

---

(١) أصول السرخسي السرخسي ٢٨١/١

(٢) أصول السرخسي السرخسي ٢٩٤/١

إلى اليمن ثم أعلمهم أن الله تعالى فرض عليهم صدقة في أموالهم ومراده الإعلام بالإخبار وأما إذا لم يكن خبر الواحد موجبا للعلم للسامع لا يكون ذلك إعلاما ولأن العمل يجب بخبر الواحد ولا يجب العمل إلا بعلم قال تعالى ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾ ولأن الله تعالى قال في نبأ الفاسق ﴿أن تصيبوا قوما بجهالة﴾ وضد الجهالة العلم وضد الفسق العدالة ففي هذا بيان أن العلم إنما لا يقع بخبر الفاسق وأنه يثبت بخبر العدل

ثم قد يثبت بالآحاد من الأخبار ما يكون الحكم فيه العلم فقط نحو عذاب القبر وسؤال منكر ونكير ورؤية الله تعالى بالأبصار في الآخرة فبهذا ونحوه يتبين أن خبر الواحد موجب للعلم

ولكنا نقول هذا القائل كأنه خفي عليه الفرق بين سكون النفس وطمأنينة القلب وبين علم اليقين فإن بقاء احتمال الكذب في خبر غير المعصوم معاين لا يمكن إنكاره ومع **الشبهة** والاحتمال لا يثبت اليقين وإنما يثبت سكون النفس وطمأنينة القلب بترجح جانب الصدق ببعض الأسباب وقد بينا فيما سبق أن علم اليقين لا يثبت بالمشهور من الأخبار بهذا المعنى فكيف يثبت بخبر الواحد وطمأنينة القلب نوع علم من حيث الظاهر فهو المراد بقوله (ثم أعلمهم) ويجوز العمل باعتباره كما يجوز العمل بمثله في باب القبلة عند **الاشتباه** وينتفي باعتبار مطلق الجهالة لأنه يترجح جانب الصدق بظهور العدالة بخلاف خبر الفاسق فإنه يتحقق فيه المعارضة من غير أن يترجح أحد الجانبين

فأما الآثار المروية في عذاب القبر ونحوها فبعضها مشهورة وبعضها آحاد وهي توجب عقد القلب عليه والابتلاء بعقد القلب على الشيء بمنزلة الابتلاء بالعمل به أو أهم فإن ذلك ليس من ضرورات العلم قال تعالى ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم﴾ وقال تعالى ﴿يعرفونه كما يعرفون أبناءهم﴾ فتبين أنهم تركوا عقد القلب على ثبوته بعد العلم به وفي هذا بيان أن هذه الآثار لا تنفك عن معنى وجوب." (١)

"ولهذا أوجبنا الكفارة على المخطىء والمكره والبار في اليمين والحنث جميعا بأن حلف لا يكلم هذا الكافر فيسلم ثم يكلمه ولهذا لم نوجب شيئا من هذه الكفارات على الكافر

فأما كفارة الفطر في رمضان فمعنى العقوبة فيها مرجح على معنى العبادة حتى إن وجوبها يستدعي جناية متكاملة عرفنا ذلك بخبر الأعرابي حيث قال هلكت وأهلكت

وقال عليه السلام من أفطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر فاتفق العلماء على أنه يسقط بعذر الخطأ **والاشتباه** فلما ظهر رجحان معنى العقوبة فيها من هذا الوجه جعلنا وجوبها بطريق العقوبة فقلنا إنها

---

(١) أصول السرخسي السرخسي ٣٢٩/١

تندرىء بالشبهات حتى لا تجب على من أفطر بعد ما أبصر هلال رمضان وحده للشبهة الثابتة بظاهر قوله عليه السلام صومكم يوم تصومون أو بصورة قضاء القاضي يكون (اليوم) من شعبان ولم يوجب على المفطر في يوم إذا اعترض مرض أو حيض في ذلك اليوم لتمكن الشبهة ولم يوجب على من أفطر وهو مسافر وإن كان الأداء مستحقا عليه في ذلك الوقت بعينه بكونه مقيما في أول النهار ولم يوجب على من نوى قبل انتصاف النهار ثم أفطر للشبهة الثابتة بظاهر قوله عليه السلام لا صيام لمن لم يعزم الصيام من الليل وقلنا بالتداخل في الكفارات والاكتفاء بكفارة واحدة إذا أفطر في أيام من رمضان لأن التداخل من باب الإسقاط بطريق الشبهة وأثبتنا معنى العبادة في الاستيفاء لأنها سميت كفارة فإنه يجوز أن يكون الوجوب بطريق العقوبة والاستيفاء بطريق الطهرة كالحدود بعد التوبة ولا يجوز أن يكون الوجوب بطريق العبادة والاستيفاء بطريق العقوبة بحال

وما يجتمع فيه الحقان وحق الله فيه أغلب فنحو حد القذف عندنا

فأما حد قطاع الطريق فهو خالص لله تعالى بمنزلة العقوبات المحضة ولهذا لا نوجب على المستأمن إذا ارتكب سيئة في دارنا بمنزلة حد الزنا والسرقة بخلاف حد القذف وأما ما يجتمع فيه الحقان وحق العباد أغلب فنحو القصاص فإن فيها حق الله تعالى ولهذا يسقط بالشبهات وهي جزاء الفعل في الأصل وأجزية الأفعال تجب لحق الله تعالى ولكن لما كان وجوبها بطريق المماثلة عرفنا أن معنى حق العبد راجح فيها وأن وجوبها للجيران بحسب الإمكان كما وقعت الإشارة إليه في قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ ولهذا جرى فيه." (١)

"قبيل لهم فيه ولا وفير ولا نقير ولا قطمير ومن تشبع بما لم يعطه فقد لبس ثوبى زور وعادة السوء قطاع لطريق الحق وصم عن سبيل الرشد واصابة الصواب فاستخرت الله تعالى عند ذلك وعمدت إلى مجموع مختصر في أصول الفقه اسلك فيه طريقة الفقهاء من غير زيغ عنه ولا حيد ولاميل ولا أرضى بظاهر من الكلام ومتكلف من العبارة معول على السامعين ويسبى قلوب الأعتام الجاهلين لكن اقصد لباب اللب وصفو الفطنة وزيدة الفهم وأنص على المعتمد عليه في كل مسألة وأذكر من شبه المخالفين بما عولوا عليها وأخص ما ذكره القاضي أبو زيد الدبوسي في تقويم الأدلة بالايراد وأتكلم بما تزاح معه الشبهة وينحل معه الاشكال بعون الله تعالى وأشير عند وصولي إلى المسائل المشتهرة بين الفريقين إلى بعض المسائل التي تتفرع لتكون عونا للناظر وحين أصل إلى باب القياس وما يتشعب منه من وجوه الكلام ومأخذ الحجة

---

(١) أصول السرخسي السرخسي ٢/٢٩٦

وطريقة الأسئلة والأجوبة ,وجوه الأعتراض والأخذ الخصوم وتوقيف المجادلين على سواء الصراط وطلب ملازمة حدود النظر وسلوك الجدد وترك الحيد ومجانبة الزيغ والأخذ والمبين المحكم من مخاييل الظنيات وما تعلق به الاصحاب بمحض **الاشتباه** في كثير من المسائل ووجه صحة ذلك وفساده فسأشرح عند ذلك وأبسط زيادة بسط وشرح على حسب ما يسمح به الخاطر ويجود به الوقت والله المعين على ذلك والميسر له بمنه.." (١)

"كقولك للمرأتين أنتما وهما وكذلك تقول للرجلين وكما تقول المرأتان جعلنا كما تقول الرجلان وإنما كان كذلك لأن السمات موضوعة للتمييز ورفع **الاشتباه** فإذا كان الكلام فى أمر معلوم عند المخاطب وكان الإخبار عن حاضرة علم بالمشاهدة استغنى عن التمييز ولفظ أنتما خطاب لحاضر وكذلك لفظ فعلنا خطاب من المشاهدة وعمن يضاف إليه ممن هو معلوم حالته فأما ما كان بخلاف ذلك مما يدخله **الشبهة** لا يقاس عليه غيره ولا بد من سمة التمييز والكلام الأول بدون هذا كاف والله أعلم.." (٢)

"فأما في كل شئ بعينه فيحتمل أنه مخصوص به ويحتمل أنه غير مخصوص به فلا فرق بين الفصلين بوجه ومن هذا الأصل نقول: إن تحريم الخمر معلول وهم يقولون: ليس بمعلول ويطالبون بإقامة الدليل أنه معلول ونحن نقول الدلائل التي دلت على صحة القياس لم تخص محلا دون محل وكل أصل أمكن تعليله بعلة مؤثرة وجب تعليله والتأثير في تعليل الخمر بالشدة في نهاية القوة يدل أنها المحرمة وإذا عرفنا وفرغنا عن هذا الأصل بذكر الفصل الثانى وهو الكلام في فروع القياس فالفرع في القياس ما ألحق بأصل أخذ حكمه منه وقد يكون الفرع على نوعين فرع معنى معلول وفرع شبه متماثل وقد أنكر بعض القائسين بأن يكون المشبه لأصله فرعا في حكمه فابطل فرع الشبه وأثبت فرع المعنى ولم يجعل الفروع إلا ما شاركت الأصل في المعانى دون الأشباه وعكس هذا آخرون وأثبتوا فرع الشبه وأنكروا فرع المعنى وذهب الأكثرون إلى تصحيح كليهما وأثبتوا فرع المعنى وفرع الشبه وسنبين الصحيح من ذلك واعلم أن الذى يلزم في فرع المعنى أن يكون مشاركا لأصله في المعنى الذى جعل علة الحكم.

وأما اختلافهما فيما عدا ذلك من المعاني لا يؤثر فقد تكون الصلاة أصلا للحج في أحكام وورد النص عليها في الصلاة لاشتركهما في معانى تلك الأحكام وإن اختلفا فيما عدا ذلك من المعانى وكذا الحج مع الصلاة والذى يلزم من فرع الشبه أن يجتمع الأصل والفرع في أكثر الأشباه وأغلبها وأقواها ولا يلزم أن

---

(١) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ١٩/١

(٢) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ١٧٤/١

يجتمعا في جميع الشبه لأنه يكون هو ولا يكون بينهما فرع ولا أصل وقد ذكر.
ومثال ذلك: إلحاق العبد بالحر في وجوب القصاص في النفس والأطراف ووجوب الكفارة وكذلك إلحاق العبد بالأمة في تنصيف الحد وإلحاق الجواميس بالبقر في الزكاة وقد يكون الشبه في صورة الذات وقد يكون الشبه في حكم الذات والأمثلة التي قلناها في العبيد والأحرار والبقر والجواميس لبيان الشبه في صورة الذات.
وأما الأمثلة للشبه في حكم الذات كإلحاق الوطء **بالشبهة** بالوطء في النكاح **لاشتباههما** في الأحكام وكذلك إلحاق المكاتب بالحر وأما العبد في تمليك المال فإن ألحق بالحر في ثبوت ملكه فبقياس الشبه في حكم الذات وليس يمتنع أن نجمع بين الشبهين في الصورة والحكم فيحكم بكل واحد منهما في موضعه بما يقتضيه ثم إذا عرف معنى فرع المعنى وفرع الشبه يكونان متشاركين لأصلهما في صفة الحكم المطلوب بهما من وجوب وإسقاط وتحليل وتحريم وإن اختلفا في طريق الحكم بالمعنى والشبه." (١)
"اعتقاد الشيء على ما هو به. وهو خطأ من وجهين أحدهما: تخصيص الشيء مع أن العلم يتعلق بالمعدوم الذي ليس شيئا عندنا. والثاني: أن هذا الاعتقاد حاصل للمقلد وليس بعالم قطعا، فإنه كما يتصور أن يعتقد الشيء جزما على خلاف ما هو به لا عن بصيرة كاعتقاد اليهودي والمشرك فإنه تصميم جازم لا تردد فيه يتصور أن يعتقد الشيء بمجرد التلقين والتلقف على ما هو به مع الجزم الذي لا يخطر بباله جواز غيره.
فوجه تميز العلم عن الاعتقاد هو أن الاعتقاد معناه السبق إلى أحد معتقدي الشاك مع الوقوف عليه من غير إخطار نقيضه بالبال ومن غير تمكين نقيضه من الحلول في النفس، فإن الشاك يقول: العالم حادث أم ليس بحادث، والمعتقد يقول: حادث، ويستمر عليه ولا يتسع صدره لتجويز القدم، والجاهل يقول قديم، ويستمر عليه. والاعتقاد وإن وافق المعتقد فهو جنس من الجهل في نفسه وإن خالفه بالإضافة فإن معتقد كون زيد في الدار لو قدر استمراره عليه حتى خرج زيد من الدار بقي اعتقاده كما كان لم يتغير في نفسه وإنما تغيرت إضافته، فإنه طابق المعتقد في حالة وخالفه في حالة. وأما العلم فيستحيل تقدير بقائه مع تغير المعلوم فإنه كشف وانشراح، والاعتقاد عقدة على القلب والعلم عبارة عن انحلال العقد فهما مختلفان، ولذلك لو أصغى المعتقد إلى المشكك لوجد لنقيض معتقده مجالا في نفسه، والعالم لا يجد ذلك أصلا وإن أصغى إلى الشبه المشككة، ولكن إذا سمع **شبهة** فإما أن يعرف حلها وإن لم تساعده العبارة في الحال

(١) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ١٣٩/٢

وإما أن تساعده العبارة أيضا على حلها وعلى كل حال فلا يشك في بطلان الشبهة بخلاف المقلد. وبعد هذا التقسيم والتمييز يكاد يكون العلم مرتسما في النفس بمعناه وحقيقته من غير تكلف تحديد، وأما المثال فهو أن إدراك البصيرة الباطنة تفهمه بالمقايسة بالبصر الظاهر ولا معنى للبصر الظاهر إلا انطباع صورة المبصر في القوة الباصرة من إنسان العين كما يتوهم انطباع الصور في المرآة مثلا، فكما أن البصر يأخذ صور المبصرات أي ينطبع فيها مثالها المطابق لها لا عينها فإن عين النار لا تنطبع في العين بل مثال يطابق صورتها، وكذلك يرى مثال النار في المرآة لا عين النار فكذلك العقل على مثال مرآة تنطبع فيها صور المعقولات على ما هي عليها، وأعني بصور المعقولات حقائقها وماهياتها.

فالعلم عبارة عن أخذ العقل صور المعقولات وهيأتها في نفسه وانطباعها فيه كما يظن من حيث الوهم انطباع الصور في المرآة، ففي المرآة ثلاثة أمور الحديد وصقالته والصورة المنطبعة فيها، فكذلك جوهر الآدمي كحديد المرآة وعقله هيئة وغريزة في جوهره ونفسه بها يتهيأ للانطباع بالمعقولات، كما أن المرآة بصقالتها واستدارتها تتهيأ لمحاكاة الصور، فحصول الصور في مرآة العقل التي هي مثال الأشياء هو العلم، والغريزة التي بها يتهيأ لقبول هذه الصور هي العقل، والنفس التي هي حقيقة الآدمي المخصوصة بهذه الغريزة المهيأة لقبول حقائق المعقولات كالمرآة، فالتقسيم الأول يقطع العلم عن مظان الاشتباه.

وهذا المثال يفهمك حقيقة العلم، فحقائق المعقولات إذا انطبع بها النفس العاقلة تسمى علما، وكما أن السماء والأرض والأشجار والأنهار يتصور أن ترى في المرآة حتى كأنها موجودة في المرآة وكأن المرآة حاوية لجميعها، فكذلك الحضرة الإلهية بجملتها يتصور أن تنطبع بها نفس الآدمي، والحضرة الإلهية عبارة عن جملة الموجودات فكلها من الحضرة." (١)

"فمحل السواد أسود به.

وهذه مقابلات في القياس واضحة، وأمثلة بينة يحتذى عليها فيما يحتاج فيه إلى المقايسة.

ومن هذا الباب: إن لم تصح التوبة من ذنب مع الإقامة على غيره، لم تصح التوبة من اليهودية مع الإصرار على خيانة حبة.

وكل قياس فلا بد فيه من اشتباه، إلا أنه قد يكون الاشتباه من جهة العلة التي لكل واحد من الحكمين، وقد يكون من جهة لتسوية العقل بين الحكمين، فعلى (١) هذين الشيئين الاعتماد في كل قياس.

فعلى قول من يقول بتحسين العقل وتقبيحه: مثال في تسوية العقل بين الحكمين: إذا (٢) لم يجز في

---

(١) المستصفى أبو حامد الغزالي ص/٢٢

قضية العقل الأمر بالظلم لكونه قبيحا أو لكونه ظلما، لم يجز فعل الظلم لكونه قبيحا أو لكونه ظلما.

وعلى طريقة الكل: إذا قضى العقل أو الشرع بأن لا يجوز عقاب من لم يسيء، فلا يجوز عقاب من لم يكلف؛ لأنه لم يسيء.

وهذا وأشباهه مما يدرك بأدنى تأمل، إلا أن تعرض شبهة تصد عنه.

---

(1) في الأصل: "فعل".

(٢) كتبت في الأصل: "فإذا"، والأوجه ما أثبتناه.." (١)

"وهو البداء (١)، حتى إنهم نفوا عن الله سبحانه جواز النسخ، وقال الباقون بمصلحة بحسب الزمان، وقال قوم: بحكم من الله، لا بمصلحة، ولا بداء. وكل خلاف واشتباه حصل في الإضافات الموهمة للتشبيه من (٢) ذكر يد وعين ومجيء وإتيان، حصل في آيات النسخ مثله.

قيل: لا اشتباه في نطق الناسخ ولا المنسوخ؛ لأنهما نصان، وإنما حصل الاشتباه في علة ذلك وتقابل (٣) الآراء فيه دون (٤) النطق، فإنه لا يحصل إلا بنصين (٥) لا يمكن الجمع بينهما.

ومنها: أن النسخ لا يقع إلا بنص لا يمكن معه الجمع بينه وبين المنسوخ، ولا (٦) اشتباه فيه، ومتى لم يرتق إلى رتبة النص الذي لا احتمال فيه، فلا نسخ، والاشتباه (٧)، إنما يليق بما ذكرنا من المتردد المحتمل.

فصل

في شبهة المخالف لنفي المتشابه الذي لا يعلم تأويله، ولا يعلم

---

(١) البداء: هو أن يظهر ويبدو للمرء أمر لم يكن عالما به. وتقدم تعريفه في ١/ ٢١٢.

(٢) في الأصل: "في"

(٣) في الأصل: "ومقابل".

(٤) في الأصل: "دو".

(٥) في الأصل: "بنص".

---

(١) الواضح في أصول الفقه أبو الوفاء ابن عقيل ٤٣٦/١

(٦) في الأصل: "فلا".

(٧) في الأصل: "ولا اشتباه".." (١)

"وأما قولهم: إن القياس على شبهة، فكلا؛ لأن ترجحه إلى الأشبه به من الأصلين يخرجه إلى باب غلبة الظن، كعدالة الراوي والشاهدين بعد تردد الخبر بين الصدق والكذب، وتجويز الاشتباه على الراوي والشاهد رجحت الصدق، فأوجبنا بها الحد؛ لترجح الصدق لا القطع، لمكان العدالة المرجحة.

وقد دخل ما تعلقوا به من أعداد الركعات فيما ذكرنا على أدلتهم من الأجوبة.

فصل

يجوز القياس على ما ورد به الخبر مخالفا للقياس، وهو الذي يسميه أصحاب أبي حنيفة موضع الاستحسان بم خلافا لهم [بأنه] لا يجوز القياس على ذلك إلأ أن يكون الخبر الوارد معللا، أو يكون مجمعا على تعليله، أو هناك أصل آخر يوافقه، فيجوز القياس.

فصل

في دلائلنا

فمنها: أن ما ورد به الخبر أصل، يجب العمل به، فجاز أن يقاس عليه بمعنى يستنبط منه، كما لو لم يكن مخالفا للقياس.

ومنها: أن المخصوص من العموم يجوز القياس عليه، ولا يمنع منه العموم، فكذلك المخصوص من الأصل يجب أن يجوز القياس عليه، فلا يمنع منه الأصل.." (٢)

"يصح أن يرى، وإنه يقضي ويقدر أفعال عباده خيرها وشرها، وعلي العكس من جميع ما ذهبت إليه الطائفة الأولى.

وإذا ثبت هذا، وعلم أن اجتماع الأمرين في حق الله سبحانه محال، أعني: أنه لا يجوز أن يكون عالما بعلم لا عالما بعلم وأن كلامه قديم محدث، وأنه لا يصح أن يرى ويصح أن يرى، وأن المخبر بالأمرين عنه سبحانه كان فى أحد خبريه كاذبا، وجب أن لا يكون الحق مجتمعا (١) في الاثنين، وأن يكون أحدهما

---

(١) الواضح في أصول الفقه أبو الوفاء ابن عقيل ١٦/٤

(٢) الواضح في أصول الفقه أبو الوفاء ابن عقيل ٣٤٧/٥

هو المصيب حسب ما تقوم به دلائل الإصابة، وما كان ذلك إلا بمثابة الاختلاف بين المسلمين الموحدين، والنصارى، والمجوس في التوحيد والتثنية والتثليث، لما لم يجز أن يكون الله سبحانه إلا واحدا، واستحال بدليل التمانع أن يكون خالق الخلق أثنين، وأوجبت الدلائل كونه سبحانه واحدا، لا جرم كان مذهب التثنية والتثليث باطلا.

ومنها: أن أدلة الأصول هي أدلة عقلية قطعية، ونصوص جلية، تدل على معتقد مخصوص، وأن ما عداه باطل، والخبر عنه كذب، وأن ما يتعلق به المخالف شبهة تتخيل للضعيف النظر، او المخلد إلى التقليد والعصبية، كأنها مرشدة وهي مضلة، فدعوى التساوي في الإصابة رجوع عن القول بأن أدلة الأصول قاطعة؛ فإنه لا اشتباه مع القطع، وإنما يؤتى المجتهد من قبل نفسه، ومتى صدق نفسه الاجتهاد، هجم به على إصابة الحق الذي دعا الله إلى اعتقاده، ونهى عن العدول عنه.

---

(١) طمس في الأصل.." (١)

"الابن إذا وطئ جارية أبيه، أو جارية أمه، أو جارية امرأته، أو وطئ امرأته المطلقة ثلاثا في العدة، أو أم ولده ما دامت في عدته، أو العبد وطئ جارية مولاه، أو المرتهن وطئ الجارية المرهونة عنده - في رواية كتاب الرهن - أنه يجب الحد على الواطئ في هذه المواضع إن قال: علمت أنها حرام، وإن قال: ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه.

وفي الأب إذا وطئ جارية ابنه، والبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل التسليم، والجارية الممهورة إذا وطئها الزوج قبل التسليم، والمطلقة طلاقا بائنا إذا وطئها الزوج، والجارية بين شريكين - فإنه لا يجب الحد في هذه المواضع، وإن قال علمت أنها محرمة علي.

والفرق بين هذه المسائل أن في المسائل المتقدمة الشبهة في الفعل؛ إذ لا شبهة لهؤلاء في عين الموطوءة ولكن لهم شبهة في الفعل لأن الابن ينبسط ويتصرف في مال أبيه، فإذا ظن أن له هذا النوع من التصرف فقد ظن في موضع الظن والاشتباه، وكذلك الزوج ينبسط، ويتصرف في مال زوجته، فإذا ظن أن حكم بقايا الملك حكم نفس الملك، فقد ظن في موضع الظن والاشتباه، وكذلك المرتهن له حق الحبس، وهو

---

(١) الواضح في أصول الفقه أبو الوفاء ابن عقيل ٥/٣٥٢

نوع تصرف، فيجوز أن يشتبه عليه أمر الوطء، فإذا وطئ وادعى الاشتباه استند دعواه إلى شبهة ظاهرة، وبالشبهة الممكنة يدرأ الحد.." (١)

"مع العلم وجب الحد، فنقول: إذا كان طريان ذلك يدفع شبهة عقد قد سبق (فلأن تنفى به) الشبهة أولى، فإن قالوا: ما الشبهة الدارئة للحد؟ قلنا: هي شبهة في الفاعل، وهي جهله بالتحريم، وذلك إذا ظن الموطوءة منكوحته أو أمته أو أمثال ذلك، أو اشتباه تحريم الفعل على العلماء كالنكاح بغير ولي ولاى شهود، فإنا لا نعلم محرم هو ام لا؟ وعلى هذا نكاح المتعة يجب فيه الحد، لأن بطلانه معلوم، الثالث قيام المبيح بعينه كالملك في الأخت من الرضاع والجارية المنكوحة والجارية المشتركة وفيه اختلف قول الشافعي، فإن منع انحصرت الشبهة في قسمين، وإن سلم، فلأن عين البضع للمالك ولهذا يصرف إليه بدله، وإنما منع من الوطء لمانع فصار كما لو منع عن وطء زوجته حيض، والاستئجار على الزنى هذا طريقه، فإنه باطل قطعا وهي مسألة مفردة.." (٢)

"من قلة الحرام وكثرته مراتب محرمة، ومكروهة، ومباحة، وضابطها أن الكراهة تشتد بكثرة الحرام وتخف بكثرة الحلال، فاشتباه أحد الدينارين بآخر سبب تحريم بين، واشتباه دينار حلال بألف دينار حرام سبب تحريم بين، وبينهما أمور مشتبهات مبنية على قلة الحرام وكثرته بالنسبة إلى الحلال فكلما كثر الحرام تأكدت الشبهة، وكلما قل خفت الشبهة إلى أن يساوي الحلال الحرام فتستوي الشبهات، وسنذكر هذا في موضعه مستقصى إن شاء الله تعالى.

[قاعدة في تعذر العدالة في الولايات]

قاعدة: إذا تعذرت العدالة في الولاية العامة والخاصة بحيث لا يوجد عدل، ولينا أقلهم فسوقا وله أمثلة: –

أحدها: إذا تعذر في الأئمة فيقدم أقلهم فسوقا عند الإمكان، فإذا كان الأقل فسوقا يفرط في عشر المصالح العامة مثلا وغيره يفرط في خمسها لم تجز تولية من يفرط في الخمس فما زاد عليه، ويجوز تولية من يفرط في العشر، وإنما جوزنا ذلك لأن حفظ تسعة الأعشار بتضييع العشر أصلح للأيتام ولأهل الإسلام من تضييع الجميع، ومن تضييع الخمس أيضا، فيكون هذا من باب دفع أشد المفسدتين بأخفهما، ولو تولى الأموال العامة محجور عليه بالتبذير نفذت تصرفاته العامة إذا وافقت الحق للضرورة، ولا ينفذ تصرفه لنفسه،

---

(١) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١/٣٠٢

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤/٤٨١

إذ لا موجب لإنقاذه مع خصوص مصلحته، ولو ابتلي الناس بتولية امرأة أو صبي مميز يرجع إلى رأي العقلاء فهل ينفذ تصرفهما العام فيما يوافق الحق كتجنيد الأجناد وتولية القضاة والولاة؟ ففي ذلك وقفة.

ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلبا للمصالح العامة ودفعا للمفاسد الشاملة، إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح عباده تعطيل." (١)

"الولاية وبقول عبد الملك قالت الشافعية.

(الفرق الرابع والأربعون والمائتان بين قاعدة ما هو شبهة تدرأ بها الحدود والكفارات وقاعدة ما ليس كذلك) . قاعدة يقع بها الفرق وهي أن الشبهات ثلاثة: شبهة في الوطء وشبهة في الموطوءة وشبهة في الطريق فالشبهة الأولى تعم الحدود والكفارات ومثالها اعتقاد أن هذه الأجنبية امرأته ومملوكته أو نحو ذلك، ومثال شبهة الموطوءة الأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحد، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحد فيحصل الاشتباه وهي عين الشبهة كما أن اعتقاد الأولى الذي هو جهل مركب وغير مطابق يقتضي عدم الحد من حيث إنه معتقد الإباحة، وعدم المطابقة في اعتقاده يقتضي الحد فحصلت الشبهة من الشبهين، ومثال الثالثة اختلاف العلماء في إباحة الموطوءة كنكاح المتعة ونحوه فإن قول المحرم يقتضي الحد وقول المبيح يقتضي عدم الحد فحصلت الشبهة من الشبهتين فهذه الثلاثة هي ضابط الشبهة المعتبرة في إسقاط الحدود والكفارات في إفساد صوم رمضان غير أن لها شرطا وهو اعتقاد مقارنة السبب المبيح.

قال مالك في المدونة في كتاب الصيام إذا جامع في رمضان ناسيا فظن أن ذلك يبطل صومه فتعمد الفطر ثانية أو امرأة رأت الطهر في رمضان ليلا فلم تغتسل حتى أصبحت فظنت أنه لا صوم

ـــــS. . . . .

ـــــQالماضي، ويغيب عليه تذكره، وإن كان مع قرب الزمان كمن شك في آخر الأسبوع في صلاة يوم من أوله وجبت الإعادة قال بعضهم: وينبغي حمل كلام الروياني على من كانت عادته مواظبة الصلاة أما من اعتاد تركها أو بعضها فالظاهر وجوب الإعادة عليه، وهذا متعين لا بد منه ومنها ثياب مدمني النجاسة وطين الشارع الذي يغلب على الظن اختلاطه بالنجاسة، والمقابر التي يغلب نبشها فالأصح الطهارة،

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ابن عبد السلام ١/٨٥

ولطين الشارع أصول ينبى عليها

(أحدهما) ما ذكر من تعرض الأصل، والظاهر، وهو الذي اقتصر عليه الأصحاب

(ثانيهما) طهارة الأرض بالجفاف والريح والشمس على القديم

(ثالثها) طهارة النجاسة بالاستحالة إذا استهلكت فيها عين النجاسة، وصارت طينا، وأما الذي يظن نجاسة، ولا نتيقن طهارته فقال المتولي والروياني أنه على القولين، وخالفهما النووي فقال المختار الجزم بطهارته ومنها ما لو اختلفا في ولد الأمة المبيعة فقال البائع وضعته قبل العقد، وقال المشتري بل بعده قال الإمام في آخر النهاية كتب الحليمي إلى الشيخ أبو زيد يسأله عن ذلك فأجاب بأن قول البائع لأن الأصل بقاء ملكه، وحكى الدارمي فيها وجهين اهـ ما نقله العطار في حاشيته على محلي جمع الجوامع عن قواعد الزركشي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

- ٢

(الوصل الأول) في عشرين مثالا من أمثلة ما ألغي فيه الغالب، وقدم عليه النادر (المثال الأول) غالب الولد أن يوضع لتسعة أشهر فإذا جاء بعد خمس سنين من امرأة طلقها زوجها دار بين أن يكون زنا، وهو الغالب وبين أن يكون تأخر في بطن أمه، وهو نادر بالنسبة إلى وقوع الزنا في الوجود فألغى الشارع الغالب، وأثبت حكم النادر، وهو تأخر الحمل رحمة بالعباد لحصول الستر عليهم، وصون أعراضهم عن الهتك

(المثال الثاني) إذا تزوجت فجاءت بولد لستة أشهر جاز أن يكون من وطء قبل العقد، وهو الغالب أو من وطء بعده، وهو النادر فإن غالب الأجنة لا توضع إلا لتسعة أشهر، وإنما يوضع في السنة سقطا في الغالب فألغى الشارع على حكم الغالب، وأثبت حكم النادر، وجعله من الوطء بعد العقد لطفا بالعباد لحصول الستر عليهم وصون أعراضهم

(المثال الثالث) ندب الشرع للنكاح لحصول الذرية مع أن الغالب على الأولاد الجهل بالله تعالى، والإقدام على المعاصي، وعلى رأي أكثر العلماء أن من لم يعرف الله تعالى بالبرهان فهو كافر لم يخالف في هذا إلا أهل الظاهر كما حكاه الإمام في الشامل والإسفراييني، ومقتضى هذا أن ينهى عن الذرية لغلبة الفساد عليهم فألغى الشرع حكم الغالب، واعتبر حكم النادر ترجيحا لقليل الإيمان على كثير الكفر، والمعاصي تعظيما لحسنات الخلق على سيئاتهم رحمة بهم

(المثال الرابع) طين المطر الواقع في الطرقات، وممر الدواب والمشي بالأمدسة التي يجلس بها في المراحيض الغالب عليها وجود النجاسة من حيث الجملة، وإن كنا لا نشاهد عينها، والنادر سلامتها منها،

ومع ذلك ألغى الشرع حكم الغالب، وأثبت حكم النادر توسعة ورحمة بالعباد فيصلي به من غير غسل (المثال الخامس) النعال الغالب عليها مصادفة النجاسات لا سيما نعل مشى بها سنة، وجلس بها في موضع قضاء الحاجة سنة ونحوها فالغالب عليها النجاسة والنادر سلامتها من النجاسة، ومع ذلك ألغى الشرع حكم الغالب، وأثبت حكم النادر فجاءت اﻟسنة بالصلاة في النعال حتى قال بعضهم إن قلع النعال في الصلاة بدعة ذلك رحمة وتوسعة على العباد

(المثال السادس) الغالب على ثياب الصبيان النجاسة لا سيما مع طول لبسهم لها، والنادر سلامتها، وقد جاءت السنة بصلاته – عليه السلام – بأمامة." (١)

"الثلاثة، وهو المقصود

(الفرق الثاني والخمسون والمائتان بين قاعدة ما يحرم من البدع وينهى عنه وبين قاعدة ما لا ينهى عنه منها) اعلم أن الأصحاب – فيما رأيت – متفقون على إنكار البدع نص على ذلك ابن أبي زيد وغيره والحق التفصيل، وأنها خمسة أقسام

(قسم) واجب، وهو ما تتناوله قواعد الوجوب وأدلته من الشرع كتدوين القرآن والشرائع إذا خيف عليها الضياع فإن التبليغ لمن بعدنا من القرون واجب إجماعا، وإهمال ذلك حرام إجماعا فمثل هذا النوع لا ينبغي أن يختلف في وجوبه

(القسم الثاني) : محرم، وهو بدعة تناولتها قواعد التحريم وأدلته من الشريعة كالمكوس والمحدثات من المظالم المنافية لقواعد

ـــــــsالثلاثة، وهو المقصود) قلت: لا يصح القول بأن الموانع خمسة بل هي ثلاثة فقط فإن الشك في أهل السفينة والردم إنما منع من الميراث؛ لأنه من فقدان الشرط، وهو العلم أو الحكم بتقدم موت الموروث، وكذلك اللعان ليس بمانع بل هو سبب في فقدان السبب، وهو النسب وليت شعري لم لم يحكم هنا الحدود كما ذكره قبل عن الفضلاء وجميع ما ذكره في الفرقين بعد هذا صحيح، وكذلك ما قال في الفرق بعدهما، وهو الرابع والخمسون والمائتان إلا قوله: وقيل بالعكس فإني لا أدري الآن مراده بذلك

ـــــــQالمشركين. الثامن أن لا ندعهم على مال بخلاف المشركين. التاسع أن لا تنصب عليهم الرعادات بخلاف المشركين. العاشر أن لا تحرق عليهم المساكن بخلاف المشركين. الحادي عشر أن لا يقطع

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ١٧٢/٤

شجرهم بخلاف المشركين، قاله الأصل، وسلمه ابن الشاط والله سبحانه وتعالى أعلم.

[الفرق بين قاعدة ما هو شبهة تدرأ بها الحدود والكفارات وقاعدة ما ليس كذلك]

(الفرق السادس والأربعون والمائتان بين قاعدة ما هو شبهة تدرأ بها الحدود والكفارات وقاعدة ما ليس كذلك) . وهو أن ضابط الشبهة المعتبرة في إسقاط الحدود والكفارات في إفساد صوم رمضان أمران. (الأمر الأول) أن لا تخرج عن شبهات ثلاث. (الأولى) الشبهة في الواطئ كاعتقاد أن هذه الأجنبية امرأته أو مملوكته أو نحو ذلك فالاعتقاد الذي هو جهل مركب وغير مطابق يقتضي عدم الحد من حيث إنه معتقد الإباحة، وعدم المطابقة في اعتقاده يقتضي الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة. (الثانية) الشبهة في الموطوءة كالأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحد، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة. (الثالثة) الشبهة في الطريق كاختلاف العلماء في إباحة الموطوءة كنكاح المتعة ونحوه فإن قول المحرم يقتضي الحد وقول المبيح يقتضي عدم الحد فحصل الاشتباه وهي عين الشبهة. (الأمر الثاني) تحقق شرطها وهو اعتقاد المقدم مقارنة السبب المبيح، وإن أخطأ في حصول السبب، وإلى أمثلة ذلك قال مالك في المدونة في كتاب الصيام إذا جامع في رمضان ناسيا فظن أن ذلك يبطل صومه فتعمد الفطر ثانية أو امرأة رأت الطهر في رمضان ليلا فلم تغتسل حتى أصبحت فظنت أنه لا صوم لمن لم يغتسل قبل الفجر فأكلت أو مسافر قدم إلى أهله ليلا فظن أن من لم يدخل نهارا قبل أن يمسي أن صومه لا يجزئه، وأن له أن يفطر فأفطر أو عبد بعثه سيده في رمضان يرعى غنما له على مسيرة ميلين أو ثلاثة فظن أن ذلك سفر فأفطر فليس على هؤلاء إلا القضاء بلا كفارة اهـ.

وقال الأصل: ونظير هذه الأمثلة في الكفارات في الحدود أن يشرب خمرا يعتقد أنه في الوقت الحاضر خل أو يطأ امرأة أجنبية يعتقد أنها امرأته أو جاريته في الوقت الحاضر، وضابط الشبهة التي لا تعتبر في إسقاط الحدود والكفارات في فساد صوم رمضان أيضا أمران: (الأمر الأول) الخروج عن الشبهات الثلاث المذكورة كمن تزوج خامسة أو مبتوتة ثلاثا قبل زوج أو أخته من الرضاع أو النسب أو ذات محرم عامدا عالما بالتحريم أو انتهك حرمة رمضان بالفطر. (الأمر الثاني) أن لا يتحقق الشرط المذكور، وإلى أمثلته قال ابن القاسم عقب ما تقدم عن مالك في المدونة في كتاب الصيام وما رأيت مالكا يجعل الكفارة في شيء من هذه الوجوه على التأويل إلا امرأة قالت اليوم أحيض وكان يوم حيضها ذلك فأفطرت أول نهارها وحاضت

في آخره والذي يقول اليوم يوم جمادى فيأكل في رمضان متعمدا في أول النهار، ولم يمرض في آخره مرضا لا يقدر على الصوم معه فقال عليهما القضاء والكفارة اهـ.

وقال الأصل: ونظير الحائض والمريض في الكفارات في الحدود أن يشرب خمرا يعتقد أنه سيصير خلا أو يطأ امرأة يعتقد أنه سيتزوجها." (١)

"الشريعة كتقديم الجهال على العلماء وتولية المناصب الشرعية من لا يصلح لها بطريق التوارث وجعل المستند لذلك كون المنصب كان لأبيه، وهو في نفسه ليس بأهل

(القسم الثالث) من البدع مندوب إليه، وهو ما تناولته قواعد الندب وأدلته من الشريعة كصلاة التراويح وإقامة صور الأئمة والقضاة وولاة الأمور على خلاف ما كان عليه أمر الصحابة بسبب أن المصالح والمقاصد الشرعية لا تحصل إلا بعظمة الولاة في نفوس الناس، وكان الناس في زمن الصحابة معظم تعظيمهم إنما هو بالدين وسابق الهجرة ثم اختل النظام وذهب ذلك القرن وحدث قرن آخر لا يعظمون إلا بالصور فيتعين تفخيم الصور حتى تحصل المصالح، وقد كان عمر يأكل خبز الشعير والملح ويفرض لعامله نصف شاة كل يوم لعلمه بأن الحالة التي هو عليها لو عملها غيره لهان في نفوس الناس، ولم يحترموه وتجاسروا عليه بالمخالفة فاحتاج إلى أن يضع غيره في صورة أخرى لحفظ النظام؛ ولذلك لما قدم الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان قد اتخذ الحجاب وأرخى الحجاب، واتخذ المراكب النفيسة والثياب الهائلة العلية، وسلك ما يسلكه الملوك، فسأله عن ذلك فقال: إنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا فقال له لا آمرك، ولا أنهاك ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسنا أو غير محتاج إليه فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والقرون والأحوال فلذلك يحتاجون إلى تجديد

. . . . .S———

———Qفإن الحد لا يسقط لعدم اعتقاد مقارنة العلم لسببه. قال: ووجه الفرق بين هذه المسائل وبين مسائل تحقق الشرط المتقدمة أن تلك اعتقد فيها المقدم عليها اقتران السبب المبيح فأوقعت الإباحة فيها قبل سببها فالمقدم في هاته مصيب من حيث إن كلا من المرض والحيض وصيرورة الخمر خلا والعقد على الأجنبية مبيح، ومخطئ في التقدم للحكم على سببه، والمقدم في تلك مخطئ في حصول السبب مصيب في اعتقاده المقارنة، وأنه لم يقصد تقديم الحكم على سببه فعذر بالتأويل الفاسد في تلك، ولم يعذر في

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢٠٢/٤

هاته بالتأويل الفاسد وسر الفرق أن تقدم الحكم على سببه بطلانه مشهور غير ملتبس في الشريعة فلا صلاة قبل الزوال، ولا صوم قبل الهلال، ولا عقوبة قبل الجنايات وهو كثير لا يعد، ولا يحصى حتى لا يكاد يوجد خلافه ألبتة، وما هو مشهور لا يكون اللبس فيه عذرا، وأما **اشتباه** صورة الأسباب المبيحة وتحقيق شروطها، ومقاديرها فلا يعلمه إلا فحول الفقهاء وتحقيقه عسير على أكثر الناس فكان اللبس فيه عذرا.

قال وحديث «ادرءوا الحدود بالشبهات» الذي يستدل به الفقهاء على هذه الأحكام، وإن لم يصح إلا أن معتمدنا فيها ما قاله بعض الفضلاء من أنه حيث أجمعنا على إقامة الحد كان سالما عن **الشبهة**، وما قصر عن محل الإجماع لا يلحق به عملا بالأصل حتى يدل بدليل على إقامة الحد في صور الشبهات. اهـ.

وهو حسن هذا تهذيب ما في الأصل، وصححه ابن الشاط والله سبحانه وتعالى أعلم.

[الفرق بين قاعدة القذف إذا وقع من الأزواج للزوجات وبين قاعدة الجماعة يقذفهم الواحد]

(الفرق السابع والأربعون والمائتان بين قاعدة القذف إذا وقع من الزوج الواحد لزوجاته المتعددات يتعدد اللعان بتعددهن قذفهن في مجلس أو مجلسين وبين قاعدة الجماعة يقذفهم الواحد يتحد الحد فيه عندنا) . فإن قام به واحد من الجماعة سقط كل قذف قبله وقاله أبو حنيفة أيضا إلا أنه بناه على أن حد القذف حق لله فصح التداخل فيه وقال الشافعي وأحمد بن حنبل إن قذفهم بكلمات متفرقة فعليه لكل واحد حد أو بكلمة واحدة فقولان عندهما وبنيا ذلك على قولهما إن حد القذف حق لآدمي فيتعدد وعندنا في أن حد القذف حق لله تعالى أم لا قولان حكاهما العبدي واللخمي وغيرهما فكان يلزمنا أن يكون عندنا قولان بالتعدد كما قال الشافعي وابن حنبل بناء على أنه حق لآدمي وبالاتحاد كما قلنا نحن وأبو حنيفة بناء على أنه حق لله تعالى إلا أن حجتنا على الاقتصار على الاتحاد وجوه.

(الوجه الأول) أن «هلال بن أمية العجلاني رمى امرأته بشريك ابن سحماء فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - حد في ظهرك أو تلتعن» ، ولم يقل حدان. (الوجه الثاني) أن عمر - رضي الله عنه - جلد الشهود على المغيرة حدا واحدا مع أن كل واحد منهم قذف المغيرة والمزني بها. (الوجه الثالث) «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد حد قذفة عائشة - رضي الله عنها - ثمانين ثمانين» رواه أبو داود مع أنهم قذفوا عائشة - رضي الله عنها - وصفوان بن المعطل. (الوجه الرابع) القياس على حد الزنا.

(الوجه الخامس) أن احتجاجهم بالقياس على قذف الزوج لزوجاته الأربع يحتاج للعانات أربع مدفوع بالفرق بينهما بوجوه. (الأول) أن اللعان أيمان والأيمان لا تتداخل فلو وجب لجماعة أيمان لم تتداخل بخلاف

الحدود. (الثاني) أن أحكام اللعان لما تعددت واختلفت وهي توجه الحد على المرأة وانتفاء النسب والميراث وتأبد التحريم ووقوع الفرقة أمكن ثبوت." [١]

"لأنا إذا أثبتنا (١) فقد نعلم ثبوت (٢) الحكم في الفروع، وقد نعتقده اعتقادا جازما لا (٣) يحتمل عدم المطابقة، وقد نظنه (٤) ، فاشتركت الثلاثة في الإثبات فهو مرادنا.

وقولي (٥) : ((معلوم)) أولى من قول من قال: إثبات حكم [أصل لفرع] (٦) ، أو

إثبات حكم الأصل في الفرع (٧) ؛ لأن الأصل والفرع إنما يعقلان (٨) بعد معرفة

القياس، فتعريف القياس بهما (٩) دور (١٠) ، فإذا قلنا: ((معلوم)) اندفعت هذه الشبهة الموجبة للدور.

وقولي: ((لأجل اشتباههما في علة الحكم)) احتراز (١١) من إثبات الحكم بالنص، فإن ذلك لا يكون قياسا، كما لو ورد نص يخص الأرز (١٢) بتحريم الربا

---

(١) هذا التعليل لما ذكره في المتن من اشتراك " الإثبات " بين العلم والظن والاعتقاد.

(٢) في ن: ((بثبوت)) .

(٣) ساقطة من س، ن، ق، ش. وهي مثبتة في ص، م، ز، و، وهو الصواب؛ لأن الجملة الفعلية ((لا يحتمل ...)) صفة كاشفة لقوله: ((جازما)) . وبدون " لا " النافية يبطل المعنى، والله أعلم.

(٤) في ن: ((يظنه)) وهو تصحيف.

(٥) في ق: ((وقلنا)) .

(٦) هكذا في ق، وهو واضح المعنى. وفي سائر النسخ ((فرع لأصل)) وهو خطأ إذا كان متعلق الجار والمجرور كلمة ((إثبات)) ، ويمكن أن يتجه إذا علقنا الجار والمجرور بـ ((فرع)) وفيه بعد.

(٧) ممن ذكر هذا في تعريفه: أبو الحسين البصري في المعتمد ٢ / ١٩٥، ٤٤٣، والقاضي أبو يعلى في العدة

١ / ١٧٤، والخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقه ١ / ٤٤٧، والشيرازي في شرح اللمع ٢ / ٧٥٥، والأسمندي في بذل النظر ص ٥٨١، وابن الحاجب في منتهى السول والأمل ص ١٦٦، والنسفي في كشف الأسرار ٢ / ١٩٦.

(٨) في ق: ((يعقل)) وهو خطأ نحوي؛ لأن اسم " إن " المذكور اثنان، وهما: الأصل والفرع فلابد من

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢٠٣/٤

مطابقة خبره له فيكون ((يعقلان)) . كما في قوله تعالى: ﴿والنجم والشجر يسجدان﴾ [الرحمن: ٦] .

(٩) في س: ((بها)) وهو تحريف؛ لأن مرجع الضمير مثنى.

(١٠) هناك من دفع إيراد هذا الدور. انظر: حاشية السعد على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب ٢ / ٢٠٤، تشنيف المسامع ٣ / ١٥١، التوضيح لحلولو ص ٣٣١، شرح البدخشي ٣ / ٥.

(١١) في ن: ((احترازا)) وقد سبق توجيه ذلك.

(١٢) في س: ((الأرد)) وهو تحريف، وفي ق: ((الرز)) وهي مما يستعمله بعض العامة الآن، وهو استعمال صحيح فصيح؛ لأنه لغة في ((الأرز)) . وهناك لغات أخرى. انظر: الصحاح للجوهري، لسان العرب كلاهما مادة ((أرز)) ، معجم فصيح العامة لأحمد أبو سعد ص ١٨٦.." [١]

"الباب السابع عشر في القياس

وفيه سبعة فصول

الفصل الأول في حقيقته

وهو إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت فالإثبات المراد به المشترك بين العلم والظن والاعتقاد ونعني بالمعلوم المشترك بين المعلوم والمظنون، وقولنا عند المثبت ليدخل فيه القياس الفاسد.

لأنا إذا أثبتنا فقد نعلم ثبوت الحكم في الفروع، وقد نعقده اعتقادا جازما لا يحتمل عدم المطابقة وقد نظنه، واشتركت الثلاثة في الإثبات فهو مرادنا.

وقولي معلوم أولى من قول من قال إثبات حكم فرع لأصل (١) أو إثبات حكم الأصل في الفرع لأن الأصل والفرع إنما يعقلان بعد معرفة القياس فتعريف القياس بهما دور، فإذا قلنا معلوم اندفعت هذه الشبهة الموجبة للدور.

وقولي لأجل اشتباههما في علة الحكم احتراز من إثبات الحكم بالنص؛ فإن ذلك لا يكون قياسا كما لو ورد نص يخص الأرز بتحريم الربا كما ورد في البر.

———

(١) لعل صحة الجملة: إثبات حكم أصل لفرع.." [٢]

---

(١) جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول - رسالة ماجستير القرافي ٢/٣٠١

(٢) شرح تنقيح الفصول القرافي ص/٣٨٣

". . . . .

بعضها قريب من بعض إن لم تكن متساوية حقيقة.

قوله: «وقيل» أي: في تعريف القياس «غير ما ذكر» ، أي: ما ذكر من التعريفات.

فمنها ما يعزى إلى القاضي أبي بكر. واختاره كثير ممن بلغه، وهو أنه حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من إثبات حكم أو صفة أو نفيهما عنهما.

وقد زيف هذا على هذه الصيغة بأن قوله: في إثبات حكم لهما، غير صحيح؛ لأن القياس لا يطلب به معرفة حكم الأصل، إذ حكمه معلوم، وإنما يطلب به حكم الفرع.

وقيل فيه: حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم أو نفيه بناء على جامع من صفة أو حكم وجودا وانتفاء.

مثال الوجود قولهم في القتل بالمثقل: قتل عمد عدوان، فأوجب القود كالقتل بالمحدد.

ومثال الانتفاء قولهم فيه. قتل لا يخلو من شبهة، أو قتل تمكنت منه الشبهة، فلا يوجب القصاص قياسا على العصا الصغيرة.

وقال القرافي: هو إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت.

فقوله: إثبات، يراد به المشترك بين العلم والظن والاعتقاد؛ لأنا إذا أثبتنا." (١)

". . . . .

تقلدها، لأن هذه الواسطة تكون لاغية لا فائدة فيها، بل مع تقليدها إنما اعتمدت على اجتهادك. وهذا نحو من قول الفقهاء: الإقرار يلغي البينة، وحضور شاهد الأصل يلغي اعتبار شاهد الفرع.

قوله: «وفي هذه المسألة إشكال» ، أي: تكليف العامة الاجتهاد في مسائل الأصول، لأن العامي لا يستقل بإدراك «الدليل العقلي» ، وبالفرق «بينه وبين الشبه لاشتباههما» ، أي: لاشتباه الدليل والشبهة، إذ الدليل ما لزم من ثبوته ثبوت المدلول، والشبهة توهم ثبوت ما نصبت للدلالة عليه لمشابهتها الدليل في بعض ذلك، وهي غير دالة على ثبوته في نفس الأمر فيحتاج الناظر في أحكام الأصول أن يكون عارفا بتقرير الأدلة العقلية ودفع الشبه عنها، وذلك بعيد عن العامي، بل ممتنع في حقه عادة «لا سيما في زماننا هذا مع تفرق الآراء، وكثرة الأهواء، بل نحارير المتكلمين» وشطارهم «لا يستقلون بذلك» وحيث الأمر كذلك،

---

(١) شرح مختصر الروضة الطوفي ٣/٢٢٠

«فإذا منع» يعني العامي «من التقليد لزم أن لا يعتقد شيئا» ، لأن الاعتقاد الاجتهادي متعذر عليه، والتقليد ممنوع منه.

وحاصل هذا يرجع إلى منع عموم الدليل السابق على منع التقليد في الأصول لظهور أدلتها في نفس كل عاقل.

وتقريره: لا نسلم ذلك، بل إنما هي ظاهرة في نفوس العلماء. أما العامة فلا.." (١)

"مثل قوله تعالى ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف: ٨٢] أن الأهل محذوف على سبيل الاختصار لغة لعدم الشبهة ألا ترى أنه متى ذكر الأهل انتقلت الإضافة عن القرية إلى الأهل والمقتضي لتحقيق المقتضى لا لنقله

ـــــــQوأصحاب الشافعي وغيرهم جعلوا المحذوف من باب المقتضي ولم يفصلوا بينهما فقالوا: هو جعل غير المنطوق منطوقا لتصحيح المنطوق وأنه يشمل الجميع وإنما اختلفوا في عمومه فذهب أصحابنا جميعا إلى انتفاء العموم عنه وذهب الشافعي وعامة أصحابه إلى القول بالعموم والقاضي الإمام أبو زيد - رحمه الله - تابع المتقدمين وجعل الكل قسما واحدا فقال: المقتضى زيادة على النص لم يتحقق معنى النص بدونها فاقتضاها النص ليتحقق معناه ولا يلغو ففي تعريفه هذا دخل المحذوف أيضا ثم قال ومثاله قوله تعالى ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف: ٨٢] أي أهلها اقتضاء لأن السؤال للتبيين فاقتضى موجب هذا الكلام أن يكون المسئول من أهل البيان ليفيد فثبت الأهل اقتضاء ليفيد قال: وقال - عليه السلام - «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وعينها غير مرفوع فاقتضى ضرورة زيادة وهو الحكم ليصير مفيدا وصار المرفوع حكمها وثبت رفع الحكم عاما عند الشافعي المؤاخذة في الآخرة والصحة في الدنيا وعندنا إنما يرتفع حكم الآخرة لا غير لأن بذا القدر يصير مفيدا فتزول الضرورة.

قال: وقال: - عليه السلام - «الأعمال بالنيات» والمراد حكم الأعمال فإن عينها تثبت بلا نية وعند الشافعي يتعلق كل حكم بالنية على سبيل العموم وعندنا لا يتعلق إلا حكم الآخرة من الثواب فإنه مراد بالإجماع ولما ثبت هذا مرادا وصار الكلام مفيدا لم يتعد إلى ما ورائه كأنه قال: ثواب الأعمال بالنيات ثم الشيخ المصنف - رحمه الله - لما رأى أن العموم متحقق في بعض أفراد هذا النوع مثل قوله: طلقي نفسك وإن خرجت فعبدي حر على ما ذكر بعد هذا سلك طريقة أخرى وفصل بين ما يقبل العموم وما لا يقبله وجعل ما يقبل العموم قسما آخر غير المقتضى وسماه محذوفا ووضع علامة تميز بها المحذوف عن

---

(١) شرح مختصر الروضة الطوفي ٦٥٨/٣

المقتضى فقال وقد أشكل على السامع الفصل أي يتحقق الاشتباه عليه في الفصل بين المقتضى وبين المحذوف على وجه الاختصار أي الشيء الذي حذف لأجل الاختصار ولكنه ثابت لغة وآية ذلك أي علامة الفصل والفرق بينهما أن الذي اقتضى غيره وهو الذي نسميه مقتضيا ثبت عند صحة الاقتضاء أي تقرر عند التصريح بالمقتضى وإذا كان محذوفا أي إذا كان الشيء محذوفا فقدر مذكورا انقطع عن المذكور أي انقطع ما أضيف إلى المذكور وتعلق به عنه وانتقل أي المقدر لعدم الشبهة أي لعدم الاشتباه والالتباس يعني الحذف إنما يجوز إذا كان في الباقي دليل عليه ولم يكن ملبسا وليس هنا التباس فجاز الحذف.

ثم استوضح أنه من قبيل المحذوف لا من قبيل المقتضي وأدرج فيه الدليل على الفرق بينهما فقال ألا ترى أنه الضمير للشأن متى ذكر الأهل أي صرح به انتقلت الإضافة أي إضافة السؤال إلى القرية عنها إلى الأهل فكان من قبيل المحذوف دون المقتضي لأن المقتضي لتحقيق المقتضى وتقريره لا لنقله أي نقل المقتضي عن المذكور إلى المحذوف فإن قيل قد يتقرر الكلام بعد إظهار المحذوف أيضا مثل تقرره في الاقتضاء كما في." (١)

"فأما إذا كان ظهر حديثه ولم يظهر من السلف إلا الرد لم يقبل حديثه وصار مستنكرا لا يعمل به على خلاف القياس وصار هذا غير حجة يحتمل أن يكون حجة على العكس من المشهور أنه حجة يحتمل شبهة عند التأمل

ـــــــرد ولا قبول فيلتحق بالقسم الخامس ويجوز أن يكون هذا القسم مقبولا بالاتفاق بشرط أن يكون موافقا للقياس فإن خالفه يرد؛ لأن الخلاف الواقع في قبوله كان أدنى حالا من الذي اتفق على قبوله فيشترط تأيده بالقياس كالقسم الخامس عندنا إلا أن هذا المثال وهو حديث معقل موافق للقياس عندنا؛ لأن المهر يجب بنفس العقد عندنا ويتأكد بالموت كما يتأكد بالوطء؛ لأن بالموت ينتهي النكاح الذي هو عقد العمر والشيء إذا انتهى تقرر كانتهاء الصلاة بالسلام فيكون بمنزلة تسليم المعقود عليه وهو الوطء؛ ولهذا وجبت العدة فيجب تمام مهر المثل وإذا كان موافقا للقياس وجب العمل به.

وعند الشافعي - رحمه الله - هو مخالف للقياس؛ لأن الأصل عنده أن المهر لا يجب إلا بالفرض وبالتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه فإذا لم يوجد واحد منها إلى أن مات الزوج لا يجب شيء؛ لأن المعقود عليه رجع إليها سالما فكان بمنزلة ما لو طلقها قبل الدخول بها وبمنزلة هلاك المبيع قبل القبض وإذا كان مخالفا للقياس وجب رده به فعلى هذا كان، قوله ولم يعمل الشافعي بهذا القسم إلى

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢/٢٤٤

آخره بيانا أن خلاف الشافعي في المثال لا في الأصل وهو قوله، وإن اختلف فيه فكذلك وكان معنى قوله بهذا القسم بهذا المثال الذي هو من هذا القسم ولو جعلت اسم الإشارة راجعا إلى قوله، وإن اختلف فيه فكذلك لا يلائمه التعليل الذي ذكره وعلى التقديرين لا يخلو الكلام عن نوع **اشتباه** والله أعلم بمراد المصنف وقوله وقد روى أي هذا الحديث عنه أي عن معقل الثقات أي العدول مثل ابن مسعود من القرن الأول وعلقمة وغيره من القرن الثاني فثبت بروايتهم عنه وعلمهم به عدالته دليل ثان على وجوب العمل به. وقوله مع أنه أي معقلا من قرن العدول دليل ثالث، وإشارة إلى الجواب عما قال بعض أصحاب الشافعي إن رواية المجهول في الكفر والصبا لا تقبل فكذا رواية مجهول الحال في الفسق فأشار إلى أن العدالة في ذلك الزمان أصل بشهادة الرسول – عليه السلام – فوجب التمسك به إلى أن يظهر معارض ينقضه فأما الصبا والكفر في مجهول الحال فيهما فأصل فلا يترك إلا بيقين يعارضه فيفترقان.

قوله (فأما إذا ظهر حديثه ولم يظهر من السلف إلا الرد) فلا يجوز العمل به إذا خالف القياس؛ لأنهم كانوا لا يتهمون برد الحديث الثابت عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، ولا يترك العمل به وترجيح الرأي بخلافه عليه فاتفاقهم على الرد دليل على أنهم اتهموه في هذه الرواية ولو قال الراوي أوهمت لم يعمل بروايته فإذا ظهر ذلك ممن فوقه وهو رد الفقهاء من الصحابة كان أولى كذا قال شمس الأئمة – رحمه الله – ويسمى هذا النوع منكرا ومستنكرا؛ لأن أهل الحديث لم يعرفوا صحته وهو دون الموضوع فإن الموضوع لا يحتمل أن يكون حديثا مثل ما روى محمد بن سعيد عن حميد عن أنس أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال «أنا خاتم النبيين لا نبي بعدي إلا أن يشاء الله» فوضع هذا الاستثناء لما كان يدعو إليه من الإلحاد والزندقة ويدعي التنبؤ فأما المنكر فيحتمل أن يكون حديثا؛ لأن كونه حديثا إن لم يكن معلوما عند أهل الصنعة فكونه موضوعا ليس بمعلوم لهم أيضا فكان من الجائز أن يكون الراوي صادقا في الرواية ولكنه مع هذا الاحتمال ليس بحجة لا في حق." (١)

"ولأن القول بتعارض القياسين يوجب العمل بلا دليل هو الحال، وتعارض الحجتين من الكتاب والسنة يوجب العمل بالقياس الذي هو حجة ومثال ذلك أن المسافر إذا كان معه إناءان في أحدهما ماء نجس وفي الآخر طاهر وهو لا يدري عمل بالتيمم؛ لأنه طهور مطلق عند العجز، وقد وقع العجز بالتعارض فلم يقع بالضرورة فلم يجز العمل بشهادة القلب ولو كان معه ثوبان نجس وطاهر لا ثوب معه غيرهما عمل

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢/٣٨٧

بالتحري

ـــــــوبالقياسين جميعا كما قال الشافعي – رحمه الله –؛ لأن الحق لما كان واحدا كان الجمع بينهما في العمل جمعا بين الحق والباطل كذا قال أبو اليسر؛ لأنه أي المذكور وهو شهادة القلب دليل لطلب الحق عند الضرورة وهي انقطاع الأدلة كما في **اشتباه** القبلة وغيره، والفراسة نظر القلب بنور يقع فيه.

وفي الصحاح الفراسة بالكسر اسم من قولك تفرست فيه خيرا أي أبصرت وفهمت وهو يتفرس أي يتثبت وينظر وتقول منه رجل فارس النظر وأنا أفرس منه أي أعلم وأبصر ومنه قوله – عليه السلام – «اتقوا فراسة المؤمن» .

وأما فيما يحتمل النسخ: أي التعارض فيما يحتمل النسخ وهو الكتاب والسنة. فجهل محض: أي بناء على جهل محض بالناسخ. بلا **شبهة**: أي بلا **شبهة** حقية في كليهما في حق العمل بل الحق ليس إلا واحدا منهما في حق العلم أو العمل جميعا.

قوله (ولأن القول بتعارض القياسين) يعني إذا قلنا بتحقق التعارض في القياسين فلا نجد بدا من ترتيب حكمه عليه وهو التساقط ويؤدي ذلك إلى العمل بلا دليل؛ لأنه حينئذ يضطر إلى معرفة حكم الحادثة الواقعة ولا يمكنه ذلك إلا بدليل وأحد القياسين حق عند الله تعالى لا محالة وحجة يقينا فكان العمل بأحدهما على احتمال أنه الحجة حقيقة أولى من العمل بلا دليل فحل له العمل بالمحتمل لهذه الضرورة، فأما في تعارض الحجتين من الكتاب أو السنة فلا ضرورة؛ لأنه يترتب عليهما دليل شرعي يرجع إليه في معرفة حكم الحادثة وهو القياس فلا ضرورة في العمل بما يحتمل أنه ليس بحجة أصلا وهو المنسوخ.

قوله (ومثال ذلك) أي نظير ما ذكرنا من التساقط وعدم التخيير في تعارض النصين وعدم التساقط وثبوت التخيير بشرط التحري في تعارض القياسين مسألتا الإناءين والثوبين فإن المسافر إذا كان معه إناءان من الماء أحدهما نجس والآخر طاهر وليس له ماء طاهر سواهما وأنه لا يعرف الطاهر من النجس ليس له أن يتحرى للوضوء عندنا خلافا للشافعي – رحمه الله – بل يصلي بالتيمم؛ لأنه أي التيمم أو التراب طهور مطلق عند العجز عن الماء الطاهر، وقد تحقق العجز هاهنا بالتعارض فلم يكن مضطرا إلى استعمال التحري للوضوء لما أمكنه إقامة الفرض بالبدل فلذلك لا يجوز له التوضؤ بأحدهما بالتحري وبدونه فهذا نظير تعارض النصين، ونظير تعارض القياسين مسألة الثوبين وهي ما لو كان معه ثوبان نجس وطاهر ولا يعرف الطاهر من النجس وليس له ثوب آخر طاهر ولا ماء يغسلهما به فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه على أنه طاهر؛ لأن الضرورة قد تحققت هاهنا؛ لأنه لا يجد بدا من ستر العورة في الصلاة وليس للستر بد

يتوصل به إلى إقامة الفرض فجاز له التحري لهذه الضرورة حتى أن في مسألة الإناءين لو احتاج إلى الماء للشرب عند استيلاء العطش وعدم الماء الطاهر كان له أن يتحرى أيضا؛ لأن الماء لا خلف له في حق الشرب فكان مضطرا في إقامة الشرب به فيجوز له التحري للشرب ألا ترى أنه جاز له شرب الماء النجس حقيقة عند الضرورة فالتحري الذي فيه إصابة الطاهر مأمول فيه أولى بالجواز يوضحه أن في مسألة الإناءين لو كانا نجسين لا يؤمر بالتوضؤ بهما ولو فعل لا يجوز لوجود الخلف وهو التراب وفي مسألة الثوبين لو كان كلاهما نجسين يؤمر بالصلاة في أحدهما ويجزيه وذلك لأن ليس للستر أو للثوب خلف ينتقل الحكم إليه عند العجز فيجوز له الـتحري الذي فيه." (١)

"إلا أن تعجيل الإمضاء في الصدقة والتزام الغرم من عمر صيانة عن القيل والقال ورعاية لحسن الثناء وبسط العدل كان أحسن فحل السكوت عن مثله، وبعد فإن السكوت بشرط الصيانة عن الفوت جائز تعظيما للفتيا وذلك إلى آخر المجلس وكلامنا في السكوت المطلق، فأما حديث الدرة فغير صحيح؛ لأن الخلاف والمناظرة بينهم أشهر من أن يخفى وكان عمر – رضي الله عنه – ألين للحق وأشد انقيادا له من غيره وإن صح فتأويله إيلاء العذر في الكف عن مناظرته بعد ثباته على مذهبه

ـــــــــQمتمسكا بدليل يصلح شبهة.

ألا ترى أن موجب العام قطعي عندنا ثم لا يكفر جاحده لتمسكه بما يصلح شبهة ثم أجاب الشيخ – رحمه الله – عما تمسكوا به من الآثار فقال سكوت علي – رضي الله عنه – في حديث القسمة والإملاص ليس مما نحن بصدده؛ لأن ذلك من باب الحسن والأحسن لا من باب الجواز والفساد، فإن الذين أفتوا بإمساك المال في حديث القسمة وبأن لا غرم عليه أي على عمر في إملاص المرأة كان حسنا؛ لأن حفظ المال الفاضل ليصرف إلى نوائب المسلمين ولا يحتاج إلى القسمة عليهم عند نزولها حسن وكذا الحكم بعدم لزوم الغرة عليه إذ لم يوجد منه خيانة بطريق المباشرة ولا بطريق التسبيب إلا أن أي لكن تعجيل الإمضاء في الصدقة أي تعجيل قسمة الغنيمة وسماها صدقة مجازا من حيث إنها لا تجب بعوض مالي ويتولى الإمام قسمتها كالصدقات وأكثر مصارفها مصارف الصدقات.

والتزام الغرم أي غرم الغرة من عمر – رضي الله عنه – صيانة عن القيل والقال أي لأجل صيانة النفس عن ألسن الناس فيقولوا: إنه أمسك أموال المسلمين ومنعها عن مستحقها لموهوم عسى لا يقع وخوف امرأة مسلمة من غير جناية تحققت منها حتى أملصت وتلفت نفس بذلك ودعائه أي على نفسه بحسن الثناء

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٨١/٣

أي بحسنه وبسط العدل كان أحسن وأقرب إلى أداء الأمانة والخروج عما تحمل من العهدة وهو كت أ خير أداء الزكاة إلى انقضاء الحول يكون حسنا وتعجيله قبل انقضائه يكون أحسن، وإذا كان كذلك حل السكوت عن مثله ولا يجب إظهار الخلاف فعرفنا أنه بمعزل مما نحن فيه إذ الكلام فيما لا يجوز السكوت عنه بحال إذا كان الأمر بخلافه وبعد أي بعدما ذكرنا هذا الجواب أو بعدما نسلم أنه لم يكن من باب الحسن والأحسن وكان من جنس ما وقع النزاع فيه لا يدل هذا السكوت على الرضاء أيضا، فإن السكوت بشرط الصيانة عن الفوات أي بشرط أن لا يفوت الحق جائز تعظيما للفتيا، فإن ترك التعجيل في الفتيا والتأمل فيها والسكوت إلى أن يبرز كل واحد ما في ضميره ثم إنه يظهر الحق الذي وضح له تعظيم لها وفيه احتراز عن المخالفة أيضا، فإنهم ربما يرجعون إلى الحق فلا يحتاج إلى إظهار مخالفتهم.

وذكر شمس الأئمة – رحمه الله – أن مجرد السكوت عن إظهار الخلاف لا يكون دليل الموافقة عندنا ما بقي مجلس المشاورة ولم يفصل الحكم بعد، فإنما يكون هذا حجة أن لو فصل عمر – رضي الله عنه – الحكم بقولهم أو ظهر منه توقف في الجواب ويكون علي – رضي الله عنه – ساكتا بعد ذلك ولم ينقل هذا، فإنما يحمل سكوته في الابتداء على أنه لتجربة أفهامهم أو لتعظيم الفتوى التي يريد إظهارها باجتهاده حتى لا يزدري بها أحد من السامعين أو ليروي النظر في الحادثة ويميز من **الاشتباه** حتى يتبين له ما هو الصواب فيظهره والظاهر أنه لو لم يستنطقه عمر – رضي الله عنه – لكان هو ذكر ما يستقر عليه رأيه من الجواب قبل إبرام الحكم وانقضاء مجلس المشاورة.

قوله (وأما حديث الدرة) وهو قول ابن عباس منعني درته فغير صحيح؛ لأنهم كانوا يناظرون ولا يهابون أحدا من إظهار الحق؛ لأنهم كانوا يعتقدون قبول الحق ويقدرون إظهاره نصحا والسكوت عنه غشا في الدين، والمناظرة في مسألة العول كانت مشهورة بينهم فمن البعيد أن." (١)

"وقال ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾ [آل عمران: ١١٠] والخيرية توجب الحقية فيما أجمعوا

ـــــــQكل احتمال لم يبق دليل قطعي، وقد بينا فيما تقدم أن الظواهر والعمومات من الدلائل القطعية عند أكثر مشايخ العراق والقاضي أبي زيد وعامة المتأخرين.

يوضحه أن أهل الأهواء تمسكوا فيما ذهبوا إليه **بشبهة** من الكتاب والسنة يحتملها اللفظ لكنها لما كانت خلاف الظاهر لم تقدح في قطعية النصوص حتى وجب تضليلهم فعرفنا أنه لا اعتبار لاحتمال لم ينشأ عن

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣/٢٣٣

دليل.

١ -

وقال بعض المحققين: إنه لا يجوز أن يثبت بخطاب الشارع إلا ما يقتضيه ظاهره إن تجرد عن قرينة وإن احتمل غير ظاهره أو ما يقتضيه مع قرينة إن وجدت معه قرينة إذ لو جاز أن يثبت به غير ما يدل عليه ظاهره لما حصل الوثوق بخطابه لجواز أن يكون المراد به غير ظاهره مع أنه لم يبينه وذلك يفضي إلى اشتباه الأمر على الناس.، ألا ترى أنا نعلم الشيء جائز الوقوع قطعا، ثم نقطع بأنه لا يقع؛ فإنه يجوز انقلاب ماء جيحون دما وانقلاب الجدران ذهبا وظهور الإنسان الشيخ لا من الأبوين دفعة واحدة ومع ذلك نقطع بأنه لا يقع، فكذا هاهنا وإن جوزنا من الله تعالى كل شيء ولكنه تعالى خلق فينا علما بديهيا؛ فإنه لا يعني لهذه الألفاظ إلا ظواهرها فكذلك أمنا عن الالتباس وعرفنا أن الظواهر قاطعة يجوز التمسك بها في الأحكام القطعية.

قوله: وقال تعالى ﴿كنتم خير أمة﴾ [آل عمران: ١١٠] كان عبارة عن وجود الشيء في زمان ماض على سبيل الإبهام وليس فيه دليل على عدم سابق ولا على انقطاع طارئ.

ومنه قوله تعالى ﴿وكان الله غفورا رحيما﴾ [النساء: ٩٦] ومنه قوله عز وجل ﴿كنتم خير أمة﴾ [آل عمران: ١١٠] كأنه قيل: وجدتم وخلقتم خير أمة وقيل: كنتم في علم الله خير أمة وقيل كنتم في الأمم قبلكم مذكورين بأنكم خير أمة موصوفين به، أخرجت أظهرت، وقوله جل ثناؤه تأمرون بالمعروف كلام مستأنف بين به كونهم خير أمة كما يقال: زيد كريم يطعم الناس ويكسوهم ويقوم بمصالحهم وجه التمسك به على ما هو المذكور في عامة الكتب أنه تعالى أخبر عن خيريتهم بأنهم يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ولام التعريف في اسم الجنس يقتضي الاستغراق فيدل على أنهم أمروا بكل معروف ونهوا عن كل منكر فلو أجمعوا على خطإ قولا لكانوا أجمعوا على منكر قولا فكانوا آمرين بالمنكر ناهين عن المعروف هو يناقض مدلول الآية.

وعلى ما هو المذكور في الكتاب أنه تعالى أخبر عن خيريتهم بكلمة التفضيل؛ فإن كلمة " خير " هاهنا بمعنى التفضيل فتدل على النهاية في الخيرية وذلك يوجب حقية ما اجتمعوا عليه؛ لأنه لو لم يكن حقا لكانوا آمرين بالمنكر ناهين عن المعروف ومن كان بهذه الصفة لا يكون خيرا مطلقا فيلزم منه خلاف النص.

وعبارة التقويم أن كلمة " خير " بمعنى أفعل فتدل على نهاية الخيرية ونفس الخيرية في كينونة العبد مع

الحق والنهاية في كينونته مع الحق على الحقيقة فدل لفظ الخير، وهو بمعنى أفعل على أنهم يصيبون لا محالة الحق الذي هو حق عند الله تعالى إذا اجتمعوا على شيء وإن ذلك الحق لا يعدوهم إذا اختلفوا.

فإن قيل: الآية متروكة الظاهر؛ لأنها تقتضي اتصاف كل واحد بوصف الخيرية والأمر بالمعروف والمعلوم خلافه، وإذا لم يمكن إجراؤها على الظاهر يحمل على أن المراد بعضهم، وهو الإمام المعصوم عندنا.

قلنا: ليس المخاطب بقوله." (١)

"ولا يلزم أمر الحروب ودرك الكعبة وتقويم المتلفات أما على الأول فلأنها من حقوق العباد أما غير القبلة فلا يشكل، وأما القبلة فأصله معرفة أقاليم الأرض وذلك حق العباد فبني على وسعهم، وأما على الثاني فلأن هذه الأمور إنما تعقل بوجوه محسوسة، ألا ترى أن قيم المتلفات ومهور النساء وأمور الحرب تعقل بالأسباب الحسية وكذلك القبلة وكان يقينا بأصله على مثال الكتاب والسنة

ـــــــQما لا يدرك ألبتة بالعقول مثل المقدرات كأعداد الركعات ومقادير الزكوات والعقوبات وأروش الجنايات ومنه أي من المشروع أو من المذكور وهو الشرائع ما يخالف المعقول أي القياس الظاهر والدليل الظاهر الذي عرف أصلا في الشرع ولم يرد أنه يخالف دليل العقل على معنى أن العقل يقتضي خلاف ذلك؛ لأن الشرع والعقل من حجج الله سبحانه فلا يجوز أن يتناقضا بوجه وذلك مثل بقاء الصوم مع الأكل والشرب ناسيا وبقاء الصلاة مع السلام في القعدة ساهيا وبقاء الطهارة مع سلس البول وأشباهها، وإذا كان كذلك لا يمكن معرفته بالرأي فيكون العمل فيه بالرأي عملا بالجهالة لا بالعلم فلا يمكن إعمال الرأي فيه وبمثل هذه الشبهة تعلق النظام فقال: مدار الشرع على الفرق بين المتماثلات في الأحكام كإيجاب الغسل بالمني دون البول الذي هو مثله بل أنجس منه وكإيجاب القطع على سارق القليل دون غاصب الكثير.

وكإيجاب الجلد بالنسبة إلى الزنا دون النسبة إلى الكفر والشرك الذي هو أغلظ منه وكإيجاب القتل بشاهدين دون إيجاب حد الزنا بهما مع أن الزنا دون القتل وكإثبات الإحصان بالحرة الشيخة الشوهاء وعدم إثباته بمائة من الجواري الحسان وكتحريم النظر إلى شعر الشيخة الشوهاء وإباحته إلى شعر الأمة الحسناء، وكإباحة النظر إلى وجه الحرة الحسناء وتحريمه إلى شعرها مع اتفاقهما في تهييج الشهوة بل ربما يكون تهيجها عند النظر إلى الوجه أكثر منه عند النظر إلى الشعر. وعلى الجمع بين المختلفات كالجمع بين الردة والزنا في إيجاب القتل وكالجمع بين قتل الصيد عمدا وخطأ في إيجاب الضمان والجمع بين القاتل والمظاهر والمفطر عمدا في إيجاب الرقبة، وإذا كان كذلك استحل ورود التعبد بالقياس من الشارع لكونه

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣/٢٥٥

واردا على خلاف موضوع الشرع؛ فإن قضية العقل والقياس التسوية بين المتماثلات في أحكامها والاختلاف بين المختلفات في أحكامها.

١ -

قوله (ولا يلزم أمر الحروب) جواب عما يرد نقضا على الوجهين؛ فإن الرأي مع احتماله للخطأ والغلط قد يستعمل في الحروب بالاتفاق وهي من أمور الدين وأركانه.

وكذا يستعمل في درك الكعبة عند البعد عنها وعند اشتباه القبلة وهو من أمور الدين، وكذا قيم المتلفات تعرف بالرأي عند إيجاب ضمانها، وهو من أحكام الشرع فعرفنا أن حق الله تعالى قد يثبت بما فيه شبهة فينتقض به الوجه الأول وأن الله تعالى قد يطا ع بالرأي فيفسد به الوجه الثاني فقالوا: ما ذكرتم ليس بلازم علينا.

أما على الوجه الأول فلأن المدعى استحالة إثبات حقوق الله تعالى بالرأي دون حقوق العباد؛ فإنه يليق بحالهم العجز والاشتباه فيما يعود إلى مصالحهم العاجلة فيعتبر فيه الوسع ليتيسر عليهم الوصول إلى مقاصدهم وهذه الأشياء من حقوق العباد فيجوز أن يثبت بالرأي، أما غير القبلة فلا يشكل لأن يقع تقويم المتلفات راجع إليهم في العاجلة؛ فإنه من باب الانتصاف الذي تقوم به مصالح العباد في الدنيا.

وكذا أمر الحروب فإنهم يدفعون به ضرا عن أنفسهم أو يجرون نفعا إليها فيكون من أمور الدنيا ومصالح العباد، وأما القبلة أي دركها فأصله بمعرفة أقاليم الأرض؛ فإن جهة القبلة تختلف باختلاف الأماكن والأقاليم، وذلك أي عرفان." (١)

"وصار هذا مثل قولنا في الغصب: إنه من أسباب الملك تبعا لوجوب الضمان لا أصلا فثبت بشروط الأصل، فكان هذا الأصل مجمعا عليه في الحرمات التي بنيت على الاحتياط فأما النسب فما بني على مثله من الاحتياط فوجب قطعه عن الاشتباه، ولا يلزم على هذا أن هذه الحرمة لا تتعدى إلى الأخوات والإخوة ونحوهم؛ لأن التعليل لا يعمل في تعبير الأصول وهو امتداد التحريم وهذا مما يكثر أمثلته ولا تحصى، ومن ذلك قولنا

ــــــــQالرشيدة وغيره سواء في استحقاق الكرامة ولا يقال: الاتحاد إنما ثبت بواسطة نسبة الولد على ما قلتم، وذلك في الوطء الحلال دون الحرام؛ لأن الولد لا ينسب إلى الزاني بوجه فلا يصير جزء الأم مضافا إليه فكيف يتعدى حرمة أمهاتها وبناتها إليه؛ لأنا نقول: إن لم ينسب الولد إليه بالبنوة فقد نسب بالجزئية؛

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢٧٣/٣

لأنه مخلوق من مائه حقيقة؛ ولهذا حرمت البنت المخلوقة من الزنا على الزاني، وهذا القدر كاف في ثبوت الاتحاد وتعدي الحرمة.

على أنه لا فصل بين هذه الحرمات نفيا وإثباتا فمتى ثبت في جانب المرأة لعدم انقطاع النسبة عنها شرعا ثبت في جانب الرجل أيضا ضرورة عدم الفصل كذا قيل وصار هذا أي صيرورة الزنا سببا لهذه الحرمة باعتبار قيامه مقام الولد مثل قولنا في الغصب: إنه من أسباب الملك في المغصوب للغاصب مع كونه عدوانا محضا تبعا لوجوب ضمان الغصب الذي هو مشروع؛ لأن وجوب الضمان بطريق الجبر وأنه يعتمد الفوات، والفوات لا يتم إلا بزوال الملك فكان زوال الملك إلى الغاصب باعتبار أن البدل يجب عليه من شرائط وجوب الضمان وشرط الشيء تبع له فكان سببية الغصب للملك بطريق التبعية كسببية الزنا للحرمة لا بطريق الأصالة كسببية البيع للملك فثبت بشروط الأصل أي ثبت كون الغصب سببا للملك بالشرائط التي ثبت بها الأصل وهو وجوب الضمان لا بشروط نفسه والأصل مشروع لا عدوان فيه كالبيع فلم يلتفت بعد إلى صفة العدوان في التبع كما أن التيمم ثبت بشروط وجوب التوضؤ خلفا عنه، ولم يلتفت إلى كونه تلويثا في نفسه قال شمس الأئمة - رحمه الله -: إنا لا نثبت الملك بالغصب حكما له كما نوجبه بالبيع، وإنما ثبت الملك به شرطا للضمان الذي هو حكم الغصب وذلك الضمان حكم مشروع كالبيع، وكون الأصل مشروعا يقتضي أن يكون شرطه مشروعا.

وقوله: وكان هذا الأصل إلى آخره جواب عما يقال: قد أقمتم الوطء الحرام مقام الولد في إثبات حرمة المصاهرة، وما أقمتموه مقامه في إثبات النسب حتى لم تثبتوا النسب بالزنا بوجه مع أن النسب يحتاط في إثباته كما يحتاط في إثبات حرمة المصاهرة.

فقال: هذا الأصل، وهو إقامة السبب مقام المسبب أصل متفق عليه فيما بني على الاحتياط من الحرمات مثل إقامة النكاح مقام الوطء في إثبات حرمة المصاهرة واستحداث الملك مقام الشغل في وجوب الاستبراء والنوم مقام الحدث في انتقاض الطهارة المتضمن لحرمة أداء الصلاة، وذلك لأن الشارع لما نهى عن الريبة كما نهى عن الربا علمنا أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في محل الاحتياط، والسبب دال على المسبب فثبت به شبهة وجود المسبب فقام مقام حقيقة وجوده في محل الاحتياط، فأما النسب فما بني على مثله من الاحتياط؛ لأنه - تعالى - قال ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ [الأحزاب: ٥] والنبي - عليه السلام - قطع النسب عن الزاني بقوله «وللعاهر الحجر» فعلم أنه ليس بنظير ما نحن فيه في الاحتياط فوجب قطعه أي قطع

النسب عن الوطء عند لزوم الاشتباه، وذلك في الزنا؛ لأن المرأة ربما يزني بها غير واحد من الرجال، وربما كانت ذات زوج مع ذلك فلو اعتبر نفس الوطء في إثبات النسب لاشتبهت الأنساب وضاع النسل وفيه من الفساد ما لا يخفى فقطع الشرع النسب عن الزاني، ولم يثبته إلا بالفراش لهذه الحكمة ألا ترى أنه لا يثبت بالوطء الحلال وهو الوطء بملك اليمين فكيف يثبت بالحرام المحض.

ولا يلزم على هذا أي على ما ذكرنا أن الوطء والموطوءة يصيران بمنزلة." (١)

"وقلنا في الشقص: إذا باع من الدار فطلب الشريك الشفعة فأنكر المشتري ملك الطالب فيما يده أن القول قوله فلا تجب الشفعة إلا ببينة وقال الشافعي: يجب بغير بينة وكذلك رجل قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم ثم اختلفا ولا يدري أدخل أم لا فإن القول قول المولى عندنا لما ذكرنا واحتج بأن الحكم إذا ثبت بدليله بقي بذلك الدليل أيضا، ألا يرى أن حكم النص يبقى به بعد وفاة النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى تعذر نسخه واحتج بإجماعهم على أن من تيقن بالوضوء لم يلزمه وضوء آخر ولزمه أداء الصلاة بما علمه وإن شك في الحدث وإذا علم بالحدث، ثم شك في الوضوء يبقى الحدث ولو ثبت ملك الشفيع بإقرار المشتري أنه كان له وأنه اشتراه من فلان وفلان كان يملكه وجبت الشفعة وإنما يبقى ملكه لعدم ما يزيله، ومع ذلك قد صلح حجة موجبة وكذلك لو شهد شهود المدعي أن هذا الشيء كان ملكا له صار حجة موجبة

ـــــــوقال الشافعي - رحمه الله - أنه يستحق الشفعة يعني إن أقام بينة ملكه وأن يده يد ملك؛ لأن التمسك بالأصل يصلح حجة للدفع والإلزام جميعا عنده.

وإنما وضع المسألة في الشقص احترازا عن موضع الخلاف فإن الشفعة بالجواز ليست بثابتة عنده والشقص الجزء من الشيء والنصيب، ومنها مسألة تعليق عتق العبد فإنه إذا قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر، ثم اختلف بعد مضي اليوم فقال المولى: قد دخلت وقال العبد: لم أدخل كان القول قول المولى عندنا حتى لا يعتق العبد؛ لأن العبد متمسك بالأصل، وهو عدم الوجود والتمسك به لا يصلح حجة للإلزام على الغير فلا يبطل به إنكار المولى عدم الدخول فيجعل كأن العبد أقام البينة على ذلك فيعتق ويكون القول قوله لما ذكرنا أن الاستصحاب حجة دافعة لا ملزمة، ثم استدل من جعله حجة على الإطلاق بالنص، وهو قوله - عليه السلام - «إن الشيطان يأتي أحدكم فيقول أحدثت أحدثت فلا ينصرفن حتى يسمع صوتا، أو يجد ريحا» حكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه، وهو عين الاستصحاب وبالإجماع وهو أنه إذا تيقن

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣/٣٢٨

بالوضوء، ثم شك في الحدث جاز له أداء الصلاة ولم يكن الوضوء ولو تيقن بالحدث، ثم شك في الوضوء يبقى الحدث وكذا إذا تيقن بالنكاح، ثم شك في الطلاق لا يزول النكاح بما حدث من الشك وهذا كله استصحاب.

وبالدليل المعقول، وهو أن الحكم إذا ثبت بدليل ولم يثبت له معارض قطعا ولا ظنا يبقى بذلك الدليل أيضا، ألا ترى أن الحكم الثابت بالنص يبقى به أي بذلك بالنص بعد وفاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حتى تعذر نسخه أي نسخ ذلك الحكم لبقاء النص الموجب له وبعد وفاته – عليه السلام – واستدل صاحب الميزان للشيخ أبي منصور رحمهما الله بأن الحكم حتى ثبت شرعا فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية، ولا يتغير المصلحة في زمان قريب، وإنما تحتمل التغير عند تقادم العهد فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل ولم يظفر به فالظاهر عدمه وهذا نوع اجتهاد، وإذا كان البقاء ثابتا بالاجتهاد لا يترك باجتهاد مثله بلا ترجيح ويكون حجة على الخصم كمن تعلق بقياس صحيح فأنكر خصمه وعارضه بقياس لا رجحان له على الأول يجب أن يكون المنكر محجوجا به؛ لأن ذلك حكم قد ثبت بقاؤه بالاجتهاد فلا يزول إلا بدليل يترجح على الأول وإن كان أوجب شبهة في الأول وهذا معنى قول الفقهاء أن ما أمضى بالاجتهاد لا ينتقض باجتهاد مثله، ألا ترى أن الحكم المطلق في حال حياة النبي – عليه السلام – كان محتملا للنسخ ثم هو ثابت في حق من كان بعيدا عنه في حق وجوب العمل به والإلزام على الغير ودعوة الناس في ذلك فعرفنا أن الاستصحاب حجة ملزمة كذا في الميزان وتمسك من لم يجعله حجة أصلا بالمستصحب ليس له دليل عقلي ولا شرعي على ثبوت الحكم في موضع الخلاف فإن العقل لا يدل على تغاير الحكم الشرعي بعد ثبوته.

وكذا دلائل الشرع الكتاب والسنة والإجماع والقياس ولم يدل شيء منها بقاء الحكم بعد الثبوت فكان العمل بالاستصحاب عملا بلا دليل وكيف يجعل حجة لإبقاء ما كان على ما كان والبقاء لا يضاف إلى الدليل الموجب بل حكمه الثبوت لا غير ولأن التمسك بالاستصحاب يؤدي إلى التعارض في الأدلة فإن من استصحب حكما من صحة فعل له وسقوط فرض كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته كما لو قيل." (١)

"عليه فليس ما في قصة الحجة إبراهيم صلوات الله عليه من هذا القبيل؛ لأن الحجة الأولى كانت لازمة ألا يرى أنه عارض بأمر باطل وهو قوله تعالى ﴿قال أنا أحيي وأميت﴾ [البقرة: ٢٥٨] فإذا كان كذلك

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣٧٩/٣

كان اللعين منقطعا إلا أن إبراهيم صلوات الله عليه لما خاف الاشتباه والتلبيس على القوم انتقل إلى دفع آخر دفعا للاشتباه إلى ما هو حال عما يوجب لبسا وذلك حسن عند قيام الحجة وخوف الاشتباه والله أعلم.

ــــــــأي النظر أو الدليل متناهيا لم يقع به إبانة الحق يعني لوجود الانتقال ولم يجعل انقطاعا لطال مجلس المناظرة من غير حصول المقصود وهو إبانة الحق؛ لأن المعلل كلما رد عليه دليل يتعلق بآخر فلا ينتهي المناظرة ولا يحصل المرام وهذا نظير نقض يتوجه على العلة فإنه يعد انقطاعا ولا يصح من المعلل إدراج وصف زائد يحصل به الاحتراز عن النقض مع أنه ساع في تصحيح العلة التي ذكرها وإن الوصف الزائد ليس بعلة بنفسه فلأن يعد انقطاعا مع أنه تعليل مستبد تام بنفسه دال على أن العلة الأولى غير صالحة أصلا لإثبات الحكم المطلوب بها كان أولى فأما قصة إبراهيم – عليه السلام – فليس من هذا القبيل أي من قبيل الانتقال الفاسد؛ لأن الحجة الأولى التي ذكرها كانت لازمة على اللعين؛ لأن إبراهيم – عليه السلام – أراد بقوله ﴿ربي الذي يحيي ويميت﴾ [البقرة: ٢٥٨] حقيقة الإحياء والإماتة وعارضه اللعين بأمر باطل وهو إطلاق أحد المسجونين وقتل الآخر وذلك ليس من الإحياء والإماتة في شيء إلا بطريق الشبهة والمجاز وإذا كان كذلك أي كان الأمر كما بينا أن الحجة الأولى لازمة وأن المعارضة باطلة كان اللعين منقطعا أي محجوجا بتلك الحجة وكان يمكن لإبراهيم صلوات الله عليه أن يقول: إني أردت بالإحياء والإماتة حقيقتهما لا ما أريت من الإطلاق والقتل بل أنا أفعل كما فعلت ولكن أن قدرت على الإماتة والإحياء فأمت هذا الذي أطلقته من غير مباشرة آلة وسبب وأحي هذا الذي قتلته فيظهر به بهت اللعين إلا أن القوم لما كانوا أصحاب الظواهر وكانو لا يتأملون في حقائق المعاني خاف الخليل – عليه السلام – الاشتباه والالتباس عليهم فضم إلى الحجة الأولى حجة ظاهرة لا يكاد يقع فيها الاشتباه فبهت الذي كفر.

وذلك أي الانتقال إلى حجة أخرى حسن عند قيام الحجة الأولى وخوف الاشتباه فإن المجيب إذا تكلم بكلام دقيق يخفى على القوم والخصم يلبس يجوز له أن يتحول إلى ظاهر يدركه القوم والمعلل إذا ثبت علته قد يقوم والذي يوضح ما ذكرت فيأتي بكلام أوضح من الأول في إثبات ما رامه وهذا؛ لأن حجج الشرع أنوار فضم حجة إلى حجة كضم سراج إلى سراج وذلك لا يكون دليلا على ضعف أحدهما أو بطلان أثره فكذلك ضم حجة إلى حجة وإنما جعلنا هذا انقطاعا في وضع يكون الانتقال للعجز عن إثبات الحكم بالعلة وأما الانتقال إلى بينة أخرى عند الجرح في التي أقامها فإنما يجوز صيانة لحقوق الناس إذ لو لم يجز

الانتقال ضاع حقوق الناس بلا تدارك وذكر في عين المعاني أن إبراهيم – عليه السلام – رجح حجته بما يشاكلها دفعا للتلبيس؛ لأن الأول إماتة، ثم إحياء والثاني إزالة، ثم إنشاء فالنفس مشرقة بروحها، ثم زائله عند زهوقها والشمس مشرقة بنورها، ثم هي باطلة عند غروبها فكانت تأكيدا لا انتقالا ولم يقل اللعين فليأت ربك؛ لأنه كان معاندا خاف الفضيحة أو صرفه الله تعالى.

واعلم أن الانقطاع كما يتحقق من جانب المعلل يتحقق من جانب السائل فإن تفسيره عجز المناظر وقصوره عن بلوغ ما هم في أول ما شرع فيه من تصحيح مذهبه وذلك في جانب المعلل بالعجز عن الوفاء بما ضمن من تحقيق قوله بالحجة التي أبرزها وأرى تصديق قوله بها وفي جانب السائل بالعجز عن المنع أو عن تصحيح منعه بإسناده إلى مستند فإن كل واحد منهما لما شرع." (١)

"فاستدعى زاجرا لكنه لما لم يكن حقا مسلما تاما صار قاصرا فأوجبناه بالوصفين وقد وجدنا ما يجب عقوبة ويستوفى عبادة كالحدود؛ لأن إقامة السلطان عبادة ولم نجد ما يوجب عبادة ويستوفى عقوبة فصار الأول أولى ولهذا قلنا بتداخل الكفارات في الفطر وحقوق العباد أكثر من أن تحصى.

ـــــــQوجوبها يستدعي جناية كاملة وأن وجوبها بطريق العقوبة إذ الجناية الكاملة تقتضي أن يكون الجزاء الواجب عليها عقوبة وكذا الإجماع يدل عليه فإنهم لما اتفقوا على أنها تسقط بعذر **الاشتباه** على ما بينا علم أن صفة التعمد شرط لإيجاب الكفارة كما في القتل لإيجاب القود وأنها ملحقة بالعقوبات وكان الشيخ – رحمه الله – أراد بالخاطئ في قوله ولإجماعهم على أنها لا تجب على الخاطئ الذي جامع على ظن أن الفجر لم يطلع أو على ظن أن الشمس قد غربت؛ لأنه خاطئ في هذا الظن فيصح الاستدلال فأما لو أراد به الخ ا طئ الذي سبق الماء أو الطعام حلقه في المضمضة أو المضغ للصبي من غير قصده فلا يخلوا الاستدلال به عن نوع ضعف؛ لأن عند الخصم لا يفسد به الصوم فلا يتصور وجوب الكفارة ليمتنع بسبب الخطأ.

ألا ترى أن صومه لو فسد بأن أكل أو شرب عمدا لا تجب الكفارة عنده فكيف إذا لم يفسد وإذا كان امتناع وجوب الكفارة لعدم الفساد لا للخطأ لا يتم الإلزام بهذا الاستدلال على الخصم إلا على الوجه الأول وكذا المعقول يدل عليه فإنا وجدنا الصوم حقا خالصا لله تعالى تدعو الطباع الجناية عليه وقد ظهر في الشرع أثر صيانة هذا الحق على العباد بتجويزه بنية متقدمة مع وجود ما طرأ عليها وأثر فيها بالإعدام وجعل الركن المعدوم موجودا في حق النائم والمغمى عليه فاستدعى زاجرا يمنع المكلف عن الجناية عليه ويبقى

---

(١) كشف ال أ سرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ١٣٣/٤

هو مصونا به عن الإبطال والكفارة تصلح زاجرة فعرفنا أنها شرعت بطريق الزجر والعقوبة وكان ينبغي أن يكون الزاجر من العقوبات المحضة كالحدود؛ لأن هذه الجناية معصية خالصة كالجنايات الموجبة للحدود، لكن الصوم لما لم يكن حقا مسلما إلى صاحب الحق تاما وقت الجناية إذ الجناية عليه بالإفطار لا يتصور بعد التمام صار أي التعدي بالإفطار قاصرا في كونه جناية فيتمكن باعتبار القصور شبهة إباحة فيه فتعذر إيجاب الزاجر الذي هو عقوبة محضة فأوجبناه أي الزاجر بالوصفين وهما العبادة والعقوبة وجعلنا معنى العقوبة في الوجوب ومعنى العبادة في الأداء دون عكسه؛ لأنا وجدنا ما يجب بطريق العقوبة ويستوفى بطريق العبادة كالحدود؛ لأن إقامتها من السلطان عبادة إذ هو مأمور بإقامتها حتى يثاب على الإقامة ويعاقب على تركها ولم نجد ما يجب بطريق العبادة ويستوفى بطريق العقوبة أصلا فعلى هذا الطريق لا يحتاج إلى الجواب عما إذا زنى في نهار رمضان أو شرب الخمر عمدا حيث تجب الكفارة؛ لأن القصور في الجناية من الوجه الذي ذكره موجود فيمكن إيجاب الكفارة التي هي عقوبة قاصرة عليه وعلى الوجه الذي تقدم بيانه في دلالة النص يحتاج إلى الجواب عنه وقد بيناه هناك

وذكر الشيخ أبو المعين – رحمه الله – في طريقته أن تعلق العبادة بما هو معصية في نفسه جائز إذا كان وجوبها بطريق التكفير وكانت جهة الزجر فيها راجحة إذ لا استحالة في ذلك إنما الاستحالة في جعل المعصية سببا لوجوب عبادة يتوصل بها إلى الجنة؛ لأن العبادة مع حكمها وهو الثواب الموصل إلى الجنة يصيران من أحكام المعصية فتصير المعصية بواسطة حكمها سببا للوصول إلى الجنة وهو محال؛ لأنها جعلت من أسباب استيجاب النار فأما عبادة حكمها تكفير المعصية ومحو أثرها فلا استحالة في جعل المعصية سببا لها خصوصا إذا صار معنى الزجر فيها مقصودا ولا يقال لو جوزنا هذا لصارت المعصية ماحية أثر نفسها بواسطة وهي العبادة ومن المحال أن يكون الشيء." (١)

"وأما القسم الثالث فهو الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح أو في غير موضع الاجتهاد لكن في موضع الشبهة أما الأول فإن من صلى الظهر على غير وضوء ثم صلى العصر بوضوء وعنده أن الظهر قد أجزأه فالعصر فاسدة؛ لأن هذا جهل على خلاف الإجماع وإن قضى الظهر ثم صلى المغرب وعنده أن العصر أجزأ عنه جاز ذلك؛ لأنه جهل في موضع الاجتهاد في ترتيب الفوائت

ـــــــــفإن النبي – صلى الله عليه وسلم – «قضى بالقسامة والدية على اليهود في قتيل وجد بين أظهرهم» . وروى زياد بن أبي مريم «أن رجلا جاء إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال إني وجدت أخي

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/١٥٧

قتيلا في بني فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فقال وليس لي من أخي إلا هذا قال نعم ولك مائة من الإبل» وفي الحديث. أن قتيلا وجد بين وداعة وأرحب وكان إلى وداعة أقرب فقضى عمر – رضي الله عنه – عليهم بالقسامة والدية فقالوا لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا فقال حقنتم دماءكم بأيمانكم وأغرمكم الدية بوجود القتيل بين أظهركم وكان ذلك منه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع فكان القول بوجوب القصاص بها مخالفا لهذه الأدلة الظاهرة المشهورة، ولقوله – عليه السلام – «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فكان مردودا ومثل استباحة متروك التسمية عمدا عملا بقوله – عليه السلام – «تسمية الله في قلب كل مؤمن» وبالقياس على متروك التسمية بالنسيان مخالف لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ [الأنعام: ١٢١] .

ومثل إيجاب القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعي عملا بما روي أن النبي – عليه السلام – قضى بذلك مخالف للكتاب وهو قوله ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلى أن قال ﴿وأدنى ألا ترتابوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] وللحديث المشهور وهو قوله – عليه السلام – «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» كما مر بيانه في باب الانقطاع فيكون مردودا. ففي هذه المسائل ونظائرها إن اعتمد الخصم على القياس فهو منه عمل بالاجتهاد على خلاف الكتاب أو السنة، وإن اعتمد على الخبر فهو عمل منه بالغريب من السنة على خلافهما أو خلاف أحدهما فيكون فاسدا. لأنا أمرنا متصل بقوله ليس بعذر أصلا أي أمرنا بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والنصح لكل مسلم ومن المعروف العمل بالكتاب والسنة المشهورة ومن المنكر مخالفتهما أو مخالفة أحدهما ومن النصيحة الإرشاد إلى الصواب وإظهار الحق بالمناظرة وإقامة الدليل فيجب علينا ذلك ويجب على الخصم الطلب والقبول فلا يكون جهله عذرا بوجه. وعلى هذا وهو أن العمل بالاجتهاد على خلاف الكتاب أو السنة المشهورة باطل يبتنى ما ينفذ فيه قضاء القاضي وما لا ينفذ فإن وجد فيه العمل بخلاف الكتاب أو السنة كما في هذه الأمثلة لا ينفذ؛ لأنه باطل وإن عدم فيه ذلك كما في عامة المجتهدات ينفذ

[الجهل في موضع الاجتهاد الصحيح أو في غير موضع الاجتهاد]

قوله (وأما القسم الثالث) وهو الجهل الذي يصلح شبهة فهو الجهل في موضع تحقق فيه الاجتهاد من غير أن يكون مخالفا للكتاب أو السنة وهو المراد بالصحيح. أو في غير موضع الاجتهاد أي لم يوجد فيه

اجتهاد ولكنه موضع الاشتباه. صلى الظهر على غير وضوء يعني غير عالم بعدم الوضوء. ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا لذلك وهو يظن أن الظهر أجزأه لكونه غير عالم بعدم الوضوء فيه فالعصر فاسدة كالظهر عندنا فكان عليه أن يعيدهما جميعا؛ لأن ظنه بجواز الظهر جهل واقع على خلاف الإجماع؛ لأن ظهره فاسد بلا خلاف فكان من القسم الثاني لا من هذا القسم.

وكان الحسن بن زياد – رحمه الله – يقول إنما يجب مراعاة الترتيب على من يعلم فأما من لا يعلم به فليس عليه ذلك؛ لأنه." (١)

"ومن زنى بجارية امرأته أو جارية والده وظن أنها تحل له لم يلزمه الحد فيصير الجهل والتأويل في موضع الاشتباه شبهة في الحدود دون النسب والعدة بخلاف ما إذا وطئ جارية أخيه وأخته وكذلك حربي أسلم ودخل دارنا فشرب الخمر وقال لم أعلم بالحرمة لم يحد بخلاف ما إذا زنى وبخلاف الذمي إذا أسلم ثم شرب الخمر وقال لم أعلم بحرمتها فإنه يحد هذا بناء على هذا الأصل الذي ذكرنا.

ـــــــلا يصير شبهة؛ لأنه مخالف للقياس.

قوله (ومن زنى بجارية امرأته) بيان القسم الثاني وهو الجهل في موضع الشبهة أي الاشتباه. واعلم أن الشبهة الدارئة للحد نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه؛ لأنها تنشأ من الاشتباه.

وشبهة في المحل وتسمى شبهة الدليل والشبهة الحكمية فالأولى هي أن يظن الإنسان ما ليس بدليل الحل دليلا فيه ولا بد فيها من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية أن يوجد الدليل الشرعي النافي للحرمة في ذاته مع تخلف حكمه عنه لمانع اتصل به وهذا النوع لا يتوقف تحققه على ظن الجاني واعتقاده فمن هذا القسم ما لو وطئ الأب جارية ابنه فإنه لا يجب عليه الحد وإن قال علمت أنها علي حرام؛ لأن المؤثر في إيراث الشبهة الدليل الشرعي وهو قوله – عليه السلام – «أنت ومالك لأبيك» وهو قائم فلا يفترق في الحال بين الظن وعدمه في سقوط الحد ومن القسم الأول ما إذا وطئ الابن جارية أبيه وجارية أمه أو وطئ الرجل جارية امرأته فإن قال ظننت أنها تحل لي لا يجب الحد عليهما عندنا وقال زفر – رحمه الله – يجب عليهما الحد؛ لأن السبب وهو الزنا قد تقرر بدليل أنهما لو قالا علمنا بالحرمة يلزمهما الحد فلو سقط إنما يسقط بالظن والظن لا يغني من الحق شيئا كمن وطئ جارية أخيه أو أخته وقال ظننت أنها تحل لي ولكنا نقول قد تمكنت بينهما شبهة اشتباه؛ لأن مال المرأة من وجه مال لزوج.

وقيل في تأويل قوله تعالى ﴿ووجدك عائلا فأغنى﴾ [الضحى: ٨] أي بمال خديجة ولأنها حلال له فربما

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣٤٢/٤

يشتبه عليه أن حال جاريتها كحالها وكذا في جارية الأب والأم قد يشتبه ذلك باعتبار أن الأملاك متصلة بين الآباء والأبناء والمنافي دائرة والولد جزء أبيه وأمه فربما يشتبه أنها لما كانت حلالا للأصل تكون حلالا للجزء أيضا فيصير الجهل أي الجهل بالحرمة والتأويل أي تأويل أن الجارية تحل لي كما تحل نفس المرأة وكما تحل جاريتي لأبي بالتملك شبهة في سقوط الحد؛ لأن شبهة الاشتباه مؤثرة في سقوط الحد على من اشتبه عليه كقوم سقوا على مائدة خمرا فمن علم منهم أنه خمر يجب عليه الحد ومن لم يعلم لا يحد دون النسب والعدة يعني يثبت النسب بهذه الشبهة وإن ادعاه ولا تجب العدة بها؛ لأن الفعل تمحض زنا في نفسه فيمنع ثبوت النسب ووجوب العدة وإن سقط الحد للاشتباه بخلاف الشبهة الحكمية حيث لا يثبت بها النسب ويجب بها العدة كما يسقط بها الحد؛ لأن الفعل لم يتمحض زنا نظرا إلى قيام الدليل لهذا لم يفترق الحال فيها بين العلم بالحرمة وعدمه وهذا بخلاف ما لو زنى بجارية أخيه أو أخته وقال ظننت أنها تحل لي حيث لم يجعل الجهل شبهة في سقوط الحد؛ لأن منافع الأملاك بينهما متباينة عادة فلا يكون هذا محل الاشتباه فلا يصير الجهل شبهة.

وكذلك أي كما لا يحد الولد بوطء جارية أبيه عند عدم العلم بالحرمة ويصير جهله شبهة في سقوط الحد لا يحد الحربي الذي أسلم ودخل دارنا فشرب الخمر إذا لم يعلم بالحرمة يصير جهله شبهة في سقوطه بخلاف ما إذا زنى ظانا أنه ليس بحرام وبخلاف الذمي الذي أسلم وشرب الخمر ظانا أنها حلال حيث يحدان جميعا وهذا أي التفرقة بين شرب الخمر وبين الزنا في الحربي والتفرقة بين الحربي وبين الذمي في شرب الخمر بناء على الأصل الذي ذكرناه وهو أن الجهل في موضع الاشتباه." (١)

"وأما القسم الرابع فهو الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر أنه يكون عذرا في الشرائع حتى إنها لا تلزمه؛ لأن الخطاب النازل خفي فيصير الجهل به عذرا؛ لأنه غير مقصر وإنما جاء من قبل خفاء الدليل في نفسه وكذلك الخطاب في أول ما ينزل فإن من لم يبلغه كان معذورا مثل ما روينا في قصة أهل قبا وقصة تحريم الخمر قال الله تعالى ﴿وما كان الله ليضيع إيمانكم﴾ [البقرة: ١٤٣] وقال تعالى ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ [المائدة: ٩٣] الآية فأما إذا انتشر الخطاب في دار الإسلام فقد تم التبليغ من صاحب الشرع فمن جهل من بعد فإنما أتي من قبل تقصيره لا من قبل خفاء الدليل فلا يعذر كمن لم يطلب الماء في العمران ولكنه تيمم والماء موجود فصلى لم يجزه

ــــــــيصلح شبهة دارئة للحد وفي غير موضع الاشتباه لا يصلح لذلك فجهل الحربي بحرمة الخمر في

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/٣٤٥

موضع الاشتباه؛ لأنها ثبتت بالخطاب وهو منقطع عن أهل الحرب ودارهم دار الجهل وضياع الأحكام فيصلح جهله شبهة دارئة للحد.

فأما جهله بحرمة الزنا ففي غير محله؛ لأن الزنا حرام في الأديان كلها فلم يتوقف العلم بحرمته على بلوغ خطاب الشرع لتحقق حرمته قبله فلا يصلح شبهة في سقوط الحد وكذا جهل الذمي بحرمة الخمر؛ لأنه من أهل دار الإسلام وتحريم الخمر شائع فيها فلم يصر جهله شبهة لعدم مصادفته محله بل الاشتباه وقع من تقصيره في الطلب فلا يعذر

[الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر]

قوله (وأما القسم الرابع) وهو الذي يصلح عذرا فهو كذا والفرق بين هذا القسم وبين القسم الثالث أن هذا القسم بناء على عدم الدليل والقسم الثالث بناء على اشتباه ما ليس بدليل بالدليل كذا قيل فالجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر يكون عذرا في الشرائع حتى لو مكث مدة ولم يصل فيها أو لم يصم ولم يعلم أن عليه الصلاة والصوم لا يكون عليه قضاؤهما وقال زفر - رحمه الله - يجب عليه قضاؤهما؛ لأن بقبول الإسلام صار ملتزما لأحكامه ولكن قصر عنه خطاب الأداء لجهله به وذلك لا يسقط القضاء بعد تقرر السبب الموجب كالنائم إذا انتبه بعد مضي وقت الصلاة ونحن نقول إن الخطاب النازل خفي في حقه لعدم بلوغه إليه حقيقة بالسماع ولا تقديرا باستفاضته وشهرته؛ لأن دار الحرب ليست بمحل استفاضة أحكام الإسلام.

فيصير الجهل بالخطاب عذرا؛ لأنه غير مقصر في طلب الدليل وإنما جاء الجهل من قبل خفاء الدليل في نفسه حيث لم يشتهر في دار الحرب بسبب انقطاع ولاية التبليغ عنهم وكذلك أي وكالخطاب في حق أهل الحرب في الخفاء الخطاب في أول ما ينزل فإنه خفي في حق من لم يبلغه من المسلمين لعدم استفاضته بينهم فيصير الجهل به عذرا مثل ما روينا بضم الراء في قصة أهل قباء فإنهم صلوا صلاة الظهر إلى بيت المقدس بعد نزول فرض التوجه إلى الكعبة وافتتحوا العصر متوجهين إليه أيضا فأخبروا بتحول القبلة إلى الكعبة وهم في الصلاة فتوجهوا إليها وأتموا صلاتهم وجوز ذلك لهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؛ لأن الخطاب لم يبلغهم وعليه حمل الشيخ قوله تعالى ﴿وما كان الله ليضيع إيمانكم﴾ [البقرة: ١٤٣] أي صلاتكم إلى بيت المقدس والمذكور في التفسير أن النبي - عليه السلام - لما توجه إلى الكعبة قالوا كيف من مات قبل التحويل من إخواننا فنزلت هذه الآية وقصة تحريم الخمر فإن بعض الصحابة كانوا في سفر

فشربوا بعد التحريم لعدم علمهم بحرمتها فنزل قوله ﴿ليس على الذين آمنوا﴾ [المائدة: ٩٣] الآية وعن ابن كيسان «لما نزل تحريم الخمر والميسر قال أبو بكر – رضي الله عنه – يا رسول الله كيف بإخواننا الذين ماتوا وقد شربوا الخمر وأكلوا الميسر وكيف بالغاصبين عنا في البلدان لا يشعرون بتحريمها وهم يطعمونها فأنزل الله تعالى ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات﴾ [المائدة: ٩٣] » أي من الأموات والأحياء في البلدان إثم فيما طعموا من الخمر والقمار إذا ما اتقوا ما حرم الله عليهم سواهما.
وقيل اتقوا الشرك وآمنوا بالله وعملوا الصالحات في إيمانهم ثم اتقوا يعني الأحياء في البلدان الخمر والقمار." (١)

"وكذلك إذا استأجر حرا أو استعان به وذلك موضع إشكال ولم يبين فإن ضمان ما يعطب به على الآمر استحسانا لما قلنا من صحة الأمر وإذا كان في جادة الطريق لا يشكل حاله بطل الأمر واقتصرت الجناية على المباشر وكذلك من قتل عبد غيره بأمر المولى انتقل إلى المولى نفس القتل في حق حكمه كأنه باشره؛ لأنه موضع شبهة بخلاف ما إذا قتل حرا بأمر حر آخر في أن الضمان على المباشر والإكراه صحيح بكل حال فوجب أن ينسب الفعل إلى الذي أكرهه وأما الإكراه الذي لا يوجب الإلجاء فلا يوجب النقل؛ لأنه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار والمشيئة فلذلك لم يجعل آلة له.

وأما القسم الذي لا يحتمل أن يجعل الفاعل فيه آلة لغيره فذلك مثل الأكل والوطء والزنا؛ لأن الأكل بفم غيره لا يتصور وكذلك إذا كان نفس الفعل مما يتصور أن يكون الفاعل فيه آلة لغيره صورة إلا أن المحل غير الذي يلاقيه الإتلاف صورة وكان ذلك يتبدل بأن يجعل آلة بطل ذلك واقتصر الفعل على المكره؛ لأن المحل الذي إذا تبدل كان في تبديله بطلان الإكراه؛ لأن الإكراه (رابع) لا أثر له في تبديل المحال وفي تبديل المحل خلاف للإكراه وفي خلافه بطلان الإكراه وإذا بطل اقتصر الفعل على الفاعل وعاد الأمر إلى المحل الأولى وبطل التبديل
ـــــــباشر إحداثه في ذلك الموضع وصاحب الدار ممنوع عن إحداثه وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعله بنفسه.
وجه الاستحسان أن الأجير يعمل للآجر ولهذا يستوجب عليه الأجر وقد صار مغرورا من جهته حين لم يعلمه أن ذلك الموضع ليس في ملكه أو تصرفه وإنما حفر اعتمادا على أمره وعلى أن ذلك من فنائه فلدفع

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣٤٦/٤

ضرر الغرور ينقل فعلهم إلى الآمر فيصير كأنه حفر بنفسه وإذا كان الحفر في جادة الطريق لا يشكل حله أي يعلم أنه ليس في فنائه بطل الأمر؛ لأنه غير مالك للحفر بنفسه في ذلك الموضع وإنما يعتبر أمره لإثبات صفة الحل به أو لدفع الغرور عن الحافر وقد عدما جميعا في ذلك الموضع فسقط اعتبار أمره فاقتصرت الجناية على المباشر فكان الضمان عليه وكذلك أي وكالحر المستأجر من قتل عبد غيره بأمر مولاه انتقل إلى المولى نفس القتل في حق حكمه كأن المولى باشره بنفسه وإن لم ينتقل في حق الإثم حتى لم يجب ضمان ولا قود؛ لأنه أي قتل العبد بأمر مولاه موضع **شبهة** أي **اشتباه**؛ لأن العبد وإن كان مبقى على أصل الحرية في حق الدم والحياة فلا يصح الأمر بقتله من هذا الوجه ولكن ماليته للمولى فيصح أمره بإتلافها من هذا الوجه كما يصح الأمر بقتل شاة مملوكة له فيصير هذا الوجه **شبهة** في سقوط القود والضمان بخلاف ما إذا قتل حرا بأمر حر آخر يعني من غير إكراه فإن الضمان على المباشر؛ لأن هذا الأمر لم يصح بوجه لعدم الولاية فلا يصير **شبهة** في سقوط القود والضمان.

وهذا إذا لم يكن الآمر ذا سلطنة فإن كان سلطانا فأمره بمنزلة الإكراه إذا كان المأمور يخاف على نفسه بمخالفة أمره؛ لأن من عادة المتجبرين الترفع عن التهديد بالقتل ولكنهم يأمرون ثم لا يعاقبون من خالف أمرهم إلا بالقتل فباعتبار هذه العادة كان الأمر من مثله بمنزلة التهديد بالقتل كذا في المبسوط والإكراه صحيح كل حال يعني إنما ينسب الفعل إلى الآمر بالأمر إذا صح الأمر وإذا لم يصح اقتصر على الفاعل كما بينا فأما في الإكراه فينسب الفعل إلى المكره إذا أمكن بكل حال سواء أكره حرا على قتل عبده أو على قتل حر آخر وسواء أكره على الحفر في موضع **الاشتباه** أو في غير موضع **الاشتباه** كجادة الطريق؛ لأن الإكراه صحيح أي متحقق في الوجوه كلها لا يمكن دفعه فوجب نسبة الفعل إلى المكره.

قوله (وأما الإكراه الذي لا يوجب الإلجاء) كالإكراه بحبس أو بقيد أو بضرب لا يخاف منه على نفسه فلا يوجب نقل الفعل إلى المكره حتى اقتصر الضمان والقود على الفاعل؛ لأن المكره إنما يصير كالآلة عند تمام الإلجاء لفساد الاختيار باعتبار خوف التلف على نفسه وليس في التهديد بالحبس والقيد معنى خوف التلف على نفسه فبقي الفعل مقصورا على المكره.

قوله (مثل الأكل والوطء) الأكل يحتمل النسبة إلى المكره من حيث هو أكل باتفاق الروايات عن أصحابنا حتى لو أكره على الأكل وهو صائم يفسد صومه ولا يفسد صوم المكره لو كان صائما؛ لأن المكره لا يصلح آلة للمكره في نفس الأكل فيقتصر على المكره فأما نسبته إلى المكره من حيث إنه إتلاف فقد

اختلفت الروايات فذكر في شرح الطحاوي والخلاصة وغيرهما أنه لو أكره على أكل مال الغير يجب الضمان على المكره دون المكره وإن كان المكره يصلح آلة له من حيث الإتلاف كما في الإكراه على الإعتاق؛ لأن منفعة الأكل هاهنا حصلت للمكره فيجب الضمان عليه.

كما لو أكره على الزنا لا يجب الحد ويجب العقر على الزاني ولا يرجع على المكره؛ لأن منفعة الوطء حصلت له بخلاف الإكراه على الإعتاق حيث يجب الضمان على المكره؛ لأن مالية العبد تلفت بالإكراه من غير أن تحصل المنفعة للمكره، وذكر صاحب." (١)

"صلى الله عليه وسلم لمن معه: "أما رأيتم عليا في السحاب" أو نحو هذا اللفظ؛ فبلغ ذلك بعض المتشيعين فاعتقدوا أنه يريد سحاب السماء، وفيه يقول القائل:

برأت من الخوارج لست منهم ... من الغزال منهم والرباب

ومن قوم إذا ذكروا عليا ... يردون السلام على السحاب

والغزال -بالغين المعجمة- واصل بن عطاء كان يتصدق بالغزل على النساء، والرباب هو عمرو بن عبد والرباب بباءين موحدتين.

ومن ذلك حديث "إن الله خلق آدم على صورته " ورد في رجل لطم رجلا فزجره النبي صلى الله عليه وسلم وقال ذلك، فالضمير في صورته عائد على الملطوم لا على الله عز وجل تعالى عن قول **المشبهة**.

السابع: الناشئ من قبل الاجتهاد وذلك يختلف باختلاف الفرائح والأذهان وما لها من استعداد، وفيه يتنافس المتنافسون ويتبين مقدار الأفهام في الفهم عن الله.

وهو باب القياس، وهو مديان الفحول وميزان الأصول ومناط الآراء ورياضة العلماء؛ وإنما يفزع إليه عند فقدان النصوص كما قيل:

إذا أعيي الفقيه وجود نص ... تعلق لا محالة بالقياس

وقد ينشأ الخلاف من **اشتباه** العلة بالمحل. ونحن نتحفك بضابط في ذلك نأمن معه الخطأ إن شاء الله تعالى. فنقول: المحل ما تعين لعمل العلة ولم يؤثر في الحكم شيئا، والعلة وصف يحسن أن ينسب الحكم إليه ويترتب عليه.

وإن شئت فقل ما أثر في الحكم ونعني بالتأثير ما يعنيه الفقيه لا أنه موجب فقد عرف من أصلنا اندفاع ذلك، والشرط ما لا يفهم منه تأثير ولكن وضع لينتفي الحكم عند انتفائه من غير معنى فيه.

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣٩٣/٤

مثاله:

علة ربوية الأشياء الأربعة المنصوصة عندنا الطعم وحده، والجنسية محل التحريم، وعدم التساوي في معيار الشرع شرط والمعلول فساد العقد قال القاضي الحسين: "فكأن الشارع يقول: الطعم في الجنس الواحد مع انعدام التساوي -يوجب فساد العقد وزعم الأودني أن الجنس هو العلة والطعم شرط.

هذا تحرير النقل عنه -صريح بها لقاضي الحسين وغيره- وكان الأودني جليل." (١)

"الراوي، وهذا الكلام يحتمل أمرين صرح باعتبارهما في المحصول، أحدهما: أن يكون أحدهما قد حفظ لفظ الحديث، واعتمد الآخر على المكتوب، فالحافظ أولى لأنه أبعد عن **الشبهة،** قال: وفيه احتمال. الثاني: أن يكون أحدهما أكثر حفظا، أي: أقل نسيانا، فإن روايته راجحة على من كان نسيانه أكثر، فإن حملنا كلام المصنف على الثاني فيكون معطوفا على لفظ الكثرة من قوله: وبكثرة المزكين وتقديره: ولكثرة حفظه، الخامس عشر: زيادة ضبط الراوي، والضبط هو شدة الاعتناء بالحديث والاهتمام بأمره، فإذا كان أحدهما أشد اعتناء به واهتماما يرجح خبره، ولو كان ذلك يعني زيادة الضبط لألفاظ الرسول -عليه الصلاة والسلام- بأن يكون أكثر حرصا على مراعاة كلماته وحروفه، قال في المحصول: فلو كان أحدهما أكثر ضبطا لكنه أكثر نسيانا، وكان الآخر بالعكس، ولم يكن قلة الضبط وكثرة النسيان بحيث يمتنع من قبول خبره فالأقرب التعارض، وهذا الذي قاله يدل على تفسير الضبط بما قلناه، لا بعدم النسيان كما قاله الشارحون، السادس عشر: دوام عقل الراوي، فيرجح الخبر الذي يكون راويه سليم العقل دائما على الخبر الذي اختلط عقل راويه في بعض الأوقات. هكذا أطلقه المصنف تبعا للحاصل والتحصيل، وشرط في المحصول مع ذلك أن لا يعلم هل رواه في حال سلامة عقله أم في حال اختلاطه. السابع عشر: شهرة الراوي؛ لأن الشهرة بالمنصب أو بغيره مانعة من الكذب، ومانعة أيضا من التدليس عليه، الثامن عشر: نسبه، التاسع عشر: عدم التباس اسمه، فإن التبس اسمه باسم غيره أي: من الضعفاء، وصعب التمييز كما قاله في المحصول كانت رواية غيره راجحة على روايته. قال: وكذلك صاحب الاسمين مرجوح بالنسبة إلى الاسم الواحد، وهذا قد يدخل أيضا في كلام المصنف، وسبب مرجوحيته أن صاحب الاسمين بكثرة **اشتباهه** بغيره مما ليس بعدل، بأن يكون هناك غير عدل يسمى بأحد اسميه، فإذا روى عنه راو وظن سامعه أنه يروي عن العدل، فإذا كان اسمه واحدا قل احتمال اللبس، العشرون: تأخر إسلام الراوي، فالخبر الذي يكون راويه متأخر الإسلام عن راوي الخبر الآخر راجح؛ لأن تأخر الإسلام دليل على تأخر روايته.

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ٢/٢٥٨

هكذا ذكر صاحب الحاصل وابن الحاجب حكما وتعليلا، فتبعه المصنف، وجزم الآمدي بعكسه؛ لقوة أصالة المتقدم في الإسلام ومعرفته، وأما الإمام فإنه ذكر أيضا كما قاله المصنف لكن شرط فيه أن يعلم أن سماعه وقع بعد إسلامه، ثم قال: والأولى أن يفصل، فيقال: المتقدم إذا كان موجودا في زمان المتأخر، لم يمتنع أن تكون روايته متأخرة عن رواية المتأخر، فأما إذا علمنا أن المتقدم مات قبل إسلام المتأخر، أو علمنا أن روايات المتقدم أكثرها متقدم على روايات المتأخر، فههنا نحكم بالرجحان؛ لأن النادر ملحق بالغائب. قال: "الثاني: بوقت الرواية، فيرجح الراوي في البلوغ على الراوي في الصبى، وفي البلوغ، والمتحمل وقت البلوغ على المتحمل في الصبى، أو فيه أيضا".." (١)

"وهو أن حد القذف يندرئ بالشبهة (فالنكاح، وإن صح لكن النفقة صلة مبتدأة فلا تجب كالميراث إذ لو وجبت تصير الديانة متعدية) ، فالحاصل أن المراد بالشبهة لدرء حد القذف شبهة عدم صحة النكاح، فهذا الدليل مشعر بتسليم صحة نكاح المحارم، وكونها حكما أصليا في حقهم (والجواب) أي: جواب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - في النفقة (أنها لدفع الهلاك) فإيجاب النفقة بناء على ديانتهم لا يكون قولا بأن ديانتهم متعدية بل ديانتهم دافعة وذلك؛ لأن الزوج حابس للزوجة فإن حبسها بلا نفقة يكون متعرضا لها بالإهلاك فإيجاب النفقة دفع لهذا التعرض ثم ورد على هذا أن إيجاب النفقة ليس لدفع الهلاك بدليل وجوبها مع غنى المرأة، فأجاب بقوله (وغناها لا يدفع الحاجة الدائمة بدوام الحبس، وأما جهل كما ذكرنا) أي: لا يصلح عذرا، وهو عطف على قوله، وأما جهل لا يصلح عذرا (لكنه دونه) أي: دون الجهل الأول (كجهل صاحب الهوى في صفات الله تعالى، وأحكام الآخرة؛ لأنه مخالف للدليل الواضح لكنه لما كان مؤولا للقرآن كان دون الأول ولما كان مسلما لزمنا مناظرته وإلزامه، فلا يترك على ديانته فلزمه جميع أحكام الشرع وكجهل الباغي، فيضمن بإتلاف مال العادل أو نفسه إلا أن يكون له منعة، فتسقط ولاية الإلزام وتجب علينا محاربته ولم يحرم الميراث بقتله

ـــــــقضاء الظهر على أنه لم يكن عالما بعدم الوضوء حين صلى، وأن الصلاة المؤداة بغير وضوء من غير علم بذلك لا يجب قضاؤها، وهذا مخالف للإجماع. (قوله: وإذا عفا أحد الوليين، واقتص الآخر) بجهله بالعفو أو بأن عفو أحد الأولياء يسقط القود فعليه الدية لا القصاص؛ لأن هذا جهل في موضع الاجتهاد؛ ولما ذهب إليه بعض أهل المدينة من أن القصاص إذا ثبت لوليين كان لكل منهم التفرد بالقتل حتى لو عفا أحدهما كان للآخر القتل إلا أن الظاهر أن هذا مخالف للإجماع فلا يكون اجتهادا صحيحا

(١) نهاية السول شرح منهاج الوصول الإسنوي ص/٣٨١

بل هو جهل في موضع الاشتباه لأنه علم بوجوب القصاص وما ثبت فالظاهر بقاؤه وأيضا الظاهر عدم نفاذ التصرف في حق الغير فيكون محل الاشتباه، ويصير شبهة في درء الحد.

(قوله: إذ هذه الكفارة) يعني: كفارة الصوم تندرئ بالشبهة لترجيح جانب العقوبة فيها، وهذا إذا استفتى فقيها، فأفتاه بفساد الصوم فحصل له الظن بذلك أو بلغه الحديث أعني: قوله – عليه السلام – «أفطر الحاجم، والمحجوم» ، ولم يعرف نسخه، ولا تأويله، وإلا فعليه الكفارة اتفاقا، وعند أبي يوسف تجب الكفارة، وإن كان ظنه مستندا إلى الحديث؛ لأنه ليس للعامي الأخذ بظواهر الأخبار، وإنما التمسك بها للفقهاء، والقول بفساد الصوم بالحجامة، وإن كان قد ذهب إليه الأوزاعي إلا أنه ليس اجتهادا صحيحا لمخالفته الإجماع.

(وقوله ومن زنى بجارية امرأته أو والده يظن أنها تحل له) بناء على أن مال الزوجة مال الزوج من وجه لفرط الاختلاط أو حل الزوجة يوجب حل مملوكتها، وأن ملك الأصل." (١)

"لأن الإسلام جامع) أي: بيننا وبين الباغي، فيكون سبب الإرث موجودا (والقتل حق) فلا يكون مانعا من الإرث (وكذا إن قتل عادلا) أي: لا يحرم الباغي الإرث إن قتل عادلا (لأنه حق في زعمه وولايتنا منقطعة عنه ولما كان الدار واحدة والديانة مختلفة تثبت العصمة من وجه فلا نملك ماله لكن لا نضمن بالإتلاف) كما في غصب مال غير متقوم فإن الغاصب لا يملكه حتى يجب عليه رده، وأما إذا أتلف لا يجب عليه الضمان، وإنما لم يعكس؛ لأن القول بأنه يملك ماله مع القول بأنه يملك ماله مع التناقض (وكجهل من خالف في اجتهاده الكتاب كمتروك التسمية عمدا) فإن فيه مخالفة قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] (والقضاء بالشاهد واليمين) أي: يمين المدعي فإن فيه مخالفة قوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] (أو السنة المشهورة كالتحليل بدون الوطء) على مذهب سعيد بن المسيب فإن فيه مخالفة حديث العسيلة (والقصاص في مسألة القسامة) فإنه إن وجد لوث أي: علامة القتل استحلف الأولياء خمسين يمينا عمدا كانت الدعوى أو خطأ، وهذا عند الشافعي – رحمه الله تعالى –، وأما عند مالك – رحمه الله – يقضى بالقود إن كانت الدعوى في العمد وهو أحد قولي الشافعي – رحمه الله تعالى –، وفيه خلاف قوله – عليه الصلاة والسلام – «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ، وهذا وحديث العسيلة من المشاهير (أو الإجماع كبيع أم الولد) فإن إجماع الصحابة انعقد على بطلانه (حتى لا ينفذ قضاء القاضي فيه) متعلق بأول البحث، وهو أن الجهل

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ٣٦٥/٢

ليس بعذر حتى إن قضى القاضي في هذه المسائل لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع (، وأما جهل يصلح شبهة) عطف على النوعين

ــــــــملك الجزء أو حلال له فهذا شبهة اشتباه أعني: الشبهة في الفعل، وهي أن يظن ما ليس بدليل الحل دليلا، فيظن الحل، فيسقط الحد للشبهة لكن لا يثبت النسب، ولا تجب العدة؛ لأن الفعل قد تمحض زنا بخلاف شبهة الحل، وتسمى شبهة الدليل، وهي أن يوجد الدليل الشرعي النافي للحرمة لكن تخلف الحكم عنه لمانع كما إذا وطئ جارية الابن فإنه يسقط الحد، ويثبت النسب، والعدة؛ لأن الفعل لم يتمحض زنا نظرا إلى الدليل أعني: قوله – عليه السلام – «أنت ومالك لأبيك» ، وأما شبهة جارية الأخ أو الأخت فليست محلا للاشتباه لا شبهة فعل، ولا شبهة محل فلا يسقط الحد.

(قوله: وأما جهل يصلح عذرا) كمن أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلى دار الإسلام فجهله بالأحكام من الصلاة، والصوم، ونحو ذلك يكون عذرا له في الترك حتى لا يجب بعد المهاجرة قضاء مدة اللبث في دار الكفر؛ لأنه لا بد من سماع الخطاب حقيقة أو تقديرا بشهرته في محله.

(قوله: فأنزل الله تعالى ﴿وما كان الله ليضيع إيمانكم﴾ [البقرة: ١٤٣] المذكور." (١)

"على ظن أن القصاص لكل واحد على الكمال فلا قصاص عليه؛ لأنه موضع الاجتهاد) فإن عند البعض لا يسقط القصاص فصار هذا شبهة في درء القصاص عن قاتل القاتل (وكذا المحتجم إذا ظن أنه أفطر، فأكل عمدا فلا كفارة عليه) ؛ لأن قوله – عليه الصلاة والسلام – «أفطر الحاجم والمحجوم» صار شبهة في درء الكفارة إذ هذه الكفارة مما يندرئ بالشبهة وكذا القصاص في المسألة السابقة (ومن زنى بجارية امرأته أو والده بظن أنها تحل له لا يحد؛ لأنه موضع الاشتباه فتصير شبهة في درء الحد) حتى يندرئ الحد بهذه الشبهة (إلا في النسب، والعدة) أي: لا يثبت النسب والعدة بهذه الشبهة، وإن كانا يثبتان بالوطء بشبهة. (وكذا حربي أسلم فدخل دارنا فشرب خمرا جاهلا بالحرمة) أي: لا يحد؛ لأن جهله يكون شبهة (لا إن زنى هو) أي: زنى حربي أسلم حيث يحد؛ لأن جهله في حرمة الزنا لا يكون شبهة؛ لأن الزنا حرام في جميع الأديان (أو شرب ذمي أسلم) أي: يجب الحد؛ لأن حرمة الخمر شائعة في دار الإسلام والذمي ساكن فيها فلا يعذر بالجهل بحرمة الخمر فلا يصير شبهة في درء الحد (، وأما جهل يصلح عذرا) هذا هو النوع الرابع من الجهل (كجهل مسلم لم يهاجر بالشرائع وكذا إذا نزل خطاب، ولم

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ٢/٣٦٦

ينتشر بعد في دارنا كما في قصة أهل قباء) فإنهم إذ بلغهم تحويل القبلة وكانوا في الصلاة استداروا إلى الكعبة فاستحسن رسول الله – عليه الصلاة والسلام –

ـــــــQفاحش لم يصح النكاح أصلا، وإنما صرحت بذلك؛ لأنه قد اشتهر في بعض البلاد نقلا عن المصنف – رحمه الله تعالى – أنه يصح النكاح في هذه الصورة لكن يكون لها الفسخ، وهكذا أورده في شرحه للوقاية، ولا يوجد له رواية أصلا.

(قوله: لأن طلب العلم واجب عليها) أي: على البكر، وتقرير القوم أن جهل البكر بالخيار ليس بعذر لاشتهار العلم في دار الإسلام، وعدم المانع من التعلم في جانب٥١ بخلاف الأمة فإن اشتغالها بخدمة السيد مانع، وعلى هذا الإيراد الاعتراض بأن البكر قبل البلوغ لم تكلف بالشرائع لا سيما بالمسائل الخفية.

(قوله: حتى يشترط للقضاء ثمة) أي: في فسخ البكر بعد البلوغ لا هنا أي: لا في فسخ المعتقة؛ لأن فسخ البكر للإلزام على الغير، وتوهم ترك النظر من الولي، وهو غير متيقن فلا يتم إلا بالقضاء حتى لو مات أحدهما بعد الفسخ قبل القضاء يرثه الآخر، وفسخ المعتقة يثبت بنفس الخيار؛ لأنه لدفع زيادة الملك، ولا سبيل إليه إلا بدفع أصل الملك فلا يفتقر إلى القضاء، وتحقيق ذلك أن المرأة تبطل حقا مشتركا لدفع زيادة حق عليها، والزوج يثبت زيادة حق عليها لاستيفاء حق مشترك فلهذا جعلنا الدفع في حق المرأة قصدا، وإبطال الملك ضمنا، وفي حق الزوج زيادة الملك أصلا، واستيفاء ضمنا

[السكر]

. (قوله: ومنها) أي:، ومن العوارض." (١)

"قال وإن اجتمعت الرفقة كل يوم على طعام " فذلك " أحب إلي من " النهد ".

" وقال " النووي في آخر الشركة من الروضة يستحب الاشتراك " للمسافرين " في الزاد مجلسا مجلسا، قاله الأصحاب وصحت فيه " الأحاديث ".

ومناط **الاشتباه** أنواع:

أحدها: تعارض ظواهر الأدلة. ثانيها: تعارض الأصول المختلفة، بأنها تلحق. ثالثها: اختلاط الحلال

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ٣٦٨/٢

بالحرام وعسر التمييز بينهما. رابعها: اختلاف الأئمة وما عدا هذا فالشبهة فيه من باب الربا لا الورع. ولهذا قال الخطابي من ترك النكاح في بلد كبيرة لاحتمال أن " يكون " فيها." (١)

"مستدلا بها على الصحة فأما مع الفساد فلا وجه لهذا القول، وأما ابن أبي موسى فقال وعنه يتصدق البائع بالفضل لأنه نماء في غير ملكه، وهذا التعليل يرد عليه الزيادة في المردود بالعيب ونحوه، لكن المراد أن هذه الزيادة عادت إليه لانفساخ العقد على وجه منهي عنه في الشرع بخلاف الرد بالعيب. ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشتري في الزيادة، وهذه الرواية ترجع إلى القول بأن الزيادة المتصلة لا تتبع في الفسخ بل تبقى على ملك المشتري، وإنما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشتري ولولا ذلك لانفرد بها المشتري وخص ابن أبي موسى هذا الخلاف بالثمار، فأما الزرع فلم يذكر فيه خلافا [إلا] أن الزيادة للبائع، وأما على رواية الصحة ففي حكم الزيادة ثلاث روايات إحداهن إنما يشتركان بينهما [فيها] ، نقلها أحمد بن سعيد لحدوثها على ملكيهما كما سبق وحملها القاضي على الاستحباب ولا يصح، وبالاشتراك أجاب أبو حفص البرمكي فيمن اشترى [خشبا] للقطع فتركه حتى اشتد وغلظ.

والثانية: يتصدقان بها وأخذها القاضي في خلافه من رواية حنبل وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضا في المجرد و [كتاب] الروايتين ثم قال وهذا عندي على الاستحباب المنهي عن ربح ما لم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري، وكذلك مال صاحب المغني إلى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر في مستحقها، ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه أحمد في ربح مال المضاربة إذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح ما لم يضمن. والرواية الثالثة أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضي في خلافه في مسألة زرع الغاصب، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلا فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فإن كان فيه فضل كان للبائع صاحب الأرض قيل له وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه فطلع؟ قال كذلك في النخل فإن كان فيه زيادة فهو لصاحب الأرض البائع، ووجهه القاضي بأن الزيادة من [نماء] ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب فإنه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظورا كذلك ههنا ويمكن أن يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب إنما له آثار عمل فألغيت وهنا للمشتري عين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمائها، ويجاب عنه بأن المشتري إنما يستحق

---

(١) المنثور في القواعد الفقهية الزركشي، بدر الدين ٢/٢٢٩

بالعقد ما وقع عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حق فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده.

وحمل القاضي قول أحمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها.

وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندي أن." (١)

"واختار ابن عقيل في فنونه التحريم لامتزاج الحرام بالحلال واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر وعلى هذا بنى على أنه اشتراك.

وعن أحمد رواية أخرى أنه استهلاك فيخرج قدر الحرام ولو من غيره قاله شيخنا.

ومنها: الأكل من ماله من في ماله حرام هل يجوز أم لا؟

في المسألة أربعة أقوال.

أحدها التحريم مطلقا قطع به شرف الإسلام عبد الوهاب بن أبى الفرج١ في كتابه المنخب قبيل باب الصيد وعلل القاضى وجوب الهجرة من دار الحرب بتحريم الكسب عليه هناك لاختلاط الأموال لأخذهم المال من غير جهته ووضعه في غير حقه.

وقال الأزجى في نهايته هذا قياس المذهب كما قلنا في اشتباه الأوانى الطاهرة بالنجسة وقدمه أبو الخطاب في انتصاره.

وقال ابن عقيل في فنونه في مسألة اشتباه الأوانى وقد قال الإمام أحمد لا يعجبنى أن يأكل منه وسأل المروذى أبا عبد الله عن الذي يعامل بالربا يؤكل عنده قال لا قد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا ومؤكله٢ وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالوقوف عند الشبهة.

والقول الثانى إن زاد الحرام على الثلث حرم الكل والإ فلا قدمه في الرعاية لأن الثلث ضابط في مواضع.

---

١ هو عبد الوهاب بن عبد الواحد بن علي الشيرازي المتوفي سنة [٥٣٦هـ] و"المنتخب" مصنف له في الفقه الحنبلي انظر المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ص "٢٠٨".

٢ نص الحديث: عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه أنه اشترى غلاما حجاما فقال: إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وثمن الكلب وكسب البغي ولعن آكل الربا ومؤكله والواشمة والمستوشمة والمصور البخاري كتاب اللباس رقم: "٥٩٦٢".

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/١٦١

وفي مسلم: عن جابر قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهديه وقال: "هم سواء"كتاب المساقاة رقم: "١٥٩٨".." (١)

"المتواترة بقسيمتها كاستباحة متروك التسمية عمدا إذ ليس تأويل ما لم يذكر اسم الله عليه بأنه كناية عمن لم يذبحه موحد أو المراد الذكر القلبي كما زعم مبنيا على ظاهر دليل آخر فلا يعدل به عن هذا الظاهر كيف وإن ذبح من قال المسيح ابن الله وعزير ابن الله داخل وليس موحدا وإن الذكر القلبي حقيقة ليس بشرط عند الشافعي – رضي الله عنه – والعمل بما روي أن المؤمن على ذكر الله أو لم يذكر جمع بين الحقيقة والمجاز وإلحاق الناسي بالدلالة فليس جمعا بينهما كما ظن وليس العامد المقصر في معناه وكالقضاء بشاهد ويمين الخصم أو السنة المشهورة كالتحليل بدون الوطيء وكالقصاص في مسألة القسامة يستحلف الأولى خمسين يمينا في العمد والخطأ إن وجد لوث عند الشافعي – رضي الله عنه – أن معينا منهم قتله ويقضى بالدية على عاقلة القاتل في الخطأ وعلى نفسه في العمد في الجديد وبالقود في العمد عند مالك وأحمد قوله القديم وبلا لوث كمذهبنا تمسكا بحديث قتيل خير حيث قال عليه السلام "أتخلفون ويستحقون دم صاحبكم" (١) أي دم قاتل صاحبكم وفيه مخالفة الحديث المشهور في القسامة وقوله "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" وهو وحديث العسيلة من المشاهير أو الإجماع كبيع أم الولد اجمعت الصحابة على عدم جوازه كما قال البردعي أجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق إذ في بطنها ولد حر فلا نتركه حتى ينعقد إجماع لأن اليقين لا يزول إلا بمثله وعلى هذا يبتني نفاذ القضاء وعدمه، الثالث جهل يصلح شبهة كالجهل في موضع الاجتهاد الغير المخالف للثلاثة أو في موضع الشبهة فالأولى كمن صلى الظهر بغير وضوء سهوا ثم صلى العصر به ثم تذكر فلم يقض الظهر على ظن جوازها لعدم العلم فهذه فاسدة عند علمائنا في ظاهر الرواية لأنه مخالف للإجماع خلافا لحسن بن زياد إذ وجوب الترتيب عنده على من يعلم وعند زفر رحمه الله ظن أجزاء الظهر كنسيانه فيجزيه القصر وعند الشافعي – رضي الله عنه – لا يجب قضاء العصر لعدم فرضية الترتيب وإن تذكر بعد العصر فقضي الظهر ثم صلى المغرب على ظن جواز العصر لجهله بفرضية الترتيب صح المغرب لأنه موضع الاجتهاد الصحيح إما عند العلم بفساد العصر فلا يصح بخلاف الجهل بجواز الصلاة بلا وضوء والثاني كوطئ جارية والديه لو زوجته ظانا حله لشبهة أن الأملاك متصلة والمنافع دائرة تعتبر في درء الحد خلافا لزفر قياسا على جارية الأخ لا في ثبوت النسب ووجوب العدة لأنها شبهة الاشتباه وهي ظن غير الدليل دليلا لأن الشبهة من الظن فالفعل بدونه

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية ومايتبعها من الأحكام الفرعية ابن اللحام ص/٣٣١

تمحض زنا إما شبهة الدليل وهي أن يوجد الدليل

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٢٦٣٠) ح (٦٧٦٩)، ومسلم (٣/ ١٢٩٤) ح (١٦٦٩).." (١)

"النافي للحرمة لكن لخلف عنه حكمه لمانع كالإجماع في وطيء الأب جارية ابنه فهي قائمة لأنها ناشئة من الدليل القائم فلم يتمحض زنا وإن ظن الحرمة فيثبت النسب ويجب العدة أيضا وعلى هذا قال الإمام رحمه الله لا يجب التفكير بالإفطار إذا نوى الصوم من النهار ولا بأكل العمد بعد إذ طعم. في حالة النسيان والحكم علم. بخلاف جارية أخته وأخيه وإن ظن الحل إذ لا بسوطة في المال فلا شبهة أصلا وكحربي أسلم في دار الحرب فدخل دارنا وشرب الخمر جاهلا بالحرمة لم يحد لأنه في موضع الاشتباه بخلاف الذمي لاختلاطه وبخلاف الزنا فيهما لحرمته في كل الأديان والمحتمل لهما كعفو أحد ولي القود وقتل الآخر ظانا بقاء القصاص وأنه لكل كامل لم يقتض منه فكنها دارئة له أو لأن له القصاص عند أهل المدينة وكإفطار المحتجم ظانا أن الحجامة فطرته لم يلزمه الكفارة لأنه مجتهد فيه إذ يفسد صومه عند الأوزاعي لقوله عليه السلام أفطر الحاجم والمحجوم بخلاف الغيبة فإن حديث الإفطار بها مؤول إجماعا فليس موضع الاجتهاد الصحيح أو الحديث شبهة دارئة لها غلبة معنى العقوبة فيها وهذا إذا استفتى فأفتي بالفساد أو بلغه الحديث ولم يعرف نسخه وتأويله وإلا فعليه الكفارة اتفاقا وعند أبي يوسف يجب مطلقا إذ ليس للعامى الأخذ بظواهر الأخبار، الرابع جهل يصلح عذرا لجهل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر بالشرائع بعذر لخفاء الدليل إذ لم يبلغه الخطاب وعدم التفريط إذ ليست بمحل استفاضته خلافا لزفر رحمه الله وكجهل من لم يبلغه الخطاب في أول نزوله لقصة قباء حيث كانوا في الصلاة حين علموا بتحويل القبلة فاستداروا كهيئتهم وأنزل فيهم ﴿وما كان الله ليضيع إيمانكم﴾ أي صلاتكم إلى بيت المقدس ونزل قوله تعالى ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ [المائدة: من الآية ٩٣] فيمن شربوا الخمر بعد نزول آية التحريم قبل بلوغ الخطاب فعذروا وهذا قبل شياع الخطاب في دارنا إما بعده فلا كمن لم يطلب الماء في العمران وتيمم وهو موجود مقصر بخلافه في المفازة، ومنه كل جهل مبنى على خفاء الدليل وفيه لزوم ضرر سواء توقف لزومه على قبوله إذ كان قبله مخيرا كجهل الوكيل والمأذون بالإطلاق حيث يقع كل من الشري للموكل وبيع ماله فضوليا أولا كجهلهما بضده وهو العزل والحجر فيصح تصرفهما وجهل الشفيع بالبيع فلا يكون بيع الدار المشفوع بها قبل العلم بالبيع تسليما للشفعة والمولى

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٣٤٢/١

بجناية العبد فلا يكون بيعه وأعتاقه اختيار للفداء بل عليه الأقل من الارش والقيمة والأمة بالاعتاق أو خيار العتق فلا يكون سكوتها جاهلة رضا بل لها الخيار في." (١)

"ولأنه حينئذ يتعلق قوله بالسيف به بلا تجوز وتقديرا وعلى الأول لا بد من أن يراد بالقود وجوبه أو يقدر مضافا.

٢ – أن القود يجب بغير السيف كالرمح وغيره.

ومنه إثباتهما كالشافعي حكم الزنا في اللواطة لمزية الحرمة فيها لأنها لا تنكشف بحال وفي سفح الماء فوقه بعد تساويهما في قضاء الشهورة لسفح الماء في محل محرم مشتهى، وقال الإمام رضي الله عنه يجب فيها أشد التعزير وللإمام أن يقتله إن اعتاد لا الحد لما مر أنه يتعلق بالكامل وهو سفح الماء بحيث يؤدي إلى فساد الفراش باشتباه النسب وإهلاك البشر بعد من يقوم بتربيته دينا ودين لا تضيعه فقد يحل بالعزل في الحرة بإذنها وفي الأمة بدونه ولئن سلم فهو غالب الوجود بالشهوة الداعية من الطرفين بخلافها فلا يلزم من احتياجه إلى الزاجر احتياجها والحرمة المجردة عن هذه المعاني غير معتبرة في شرع الحد كشرب البول والدم فلا ترجح بها.

ومنه إيجاب الشافعي رحمه الله الكفارة في القتل العمد والغموس بالوارد في الخطأ والمنعقدة لمزية الإثم فيهما لعدم العذر والكذب من الأصل قلنا لا يجب الكفارة بالعمد وجب القود أو لا كقتل ابنه وعبده ومسلم لم يهاجر في دار الحرب ولا بالغموس لأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فيدور سببها بين الخطر والإباحة وهما كبيرتان محضتان لا تصلحان سببا لها كالمباح المحض ووجوب التوبة والاستغفار مع أن طاعة ليس بهما بل نقض لهما فلا يضاف إليهما وجوبهما بل إلى ديانته كوجوب الكفارة بالزنا أو شرب الخمر في رمضان لكونه مفطرا ولذا لا تجب بهما ناسيا لا لأنهما سبباها والفطر دائر بين الخطر لهتك العبادة والإباحة للتصرف في مملوكه على أن معنى العقوبة راجح في كفارة الفطر فجاز إيجابها بما يترجح فيه معنى الخطر وإنما وجبت بشبه العمد عند الإمام لأن فيه شبهة الخطأ من حيث إن المثقل ليس بآلة للقتل خلقة بل للتأدب فلم يخل عن شبهة إباحة وهي مما يثبت بشبهة السبب كما يثبت بحقيقته ولم تجب في قتل المستأمن عمدا مع شبهة حله لأنها شبهة المحل لا الفعل فاعتبرت في إسقاط القود المقابل بالمحل من وجه حيث لم يجب الدية معه ولولاها لوجبا كمحرم قتل صيدا مملوكا وإن كان جزاء الفعل بالحقيقة إذ يثبت للمقتول حكم الشهادة ويقتل الجماعة بواحد فبقى الفعل كبيرة محضة والكفارة جزاء

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٣٤٣/١

الفعل من كل وجه وكانت الشبهة في مسألة القتل بالمثقل فيه فأثرت في إسقاط القود وإيجاب الكفارة ولما أن المحظور المحض كترك الواجب عمدا لا يصلح سببا للعبادة الجائزة قلنا سجود السهو الثابت بالحديث لا يجب بالعمد خلافا للشافعي رحمه." (١)

"الشافعية خلافا للغزالي في النخلة الأولى.

ولي في هذا الجواب نظر لأن النزاع إذا كان في حكم مدخول حرف الغاية وهو مذكور لم يصح عده من المفهوم كيف وكلام العلماء ظاهر في أن المفهوم لما بعده والحق في الجواب ما مر غير مرة أن عدم التعرض ليس تعرضا للعدم.

إن قلت الغاية منهية والإنهاء إعدام وهو تعرض للعدم.

قلنا إنها للنسبة النفسية فيكون إعداما للإيقاع لا إيقاعا للعدم فالمفهوم من العدم إما لأنه الأصل وإما من أحوال الكلام وخصوصيات المقام ومبنى هذه الشبهة اشتباه أن الألفاظ موضوعة بإزاء المعاني المعقولة كما هو الحق أو بإزاء الموجودات الخارجية وقد سلف تحقيقه.

التاسع في مفهوم الاستثناء والبدل والعدد فالاستثناء والبدل تبينا غير أن مفهوم الاستثناء يختص ببعض المفرغ ليكون حكم المسكوت عنه ودالا يكون إلا إثباتا لاختصاص المفرغ بالنفط إلا في قلائل قلما تتعارف نحو قرأت إلا يوم كذا ومفهوم البدل شامل نحو ﴿ولله على الناس﴾ [آل عمران: ٩٧] الآية أما مفهوم العدد نحو "خمس من الفواسق" (١) الحديث: "وأحلت لنا ميتتان ودمان" (٢) الحديث فيقول به بعض الفقهاء يمنعون من الإلحاق بالقياس على المعدود كما على المحدود والمذهبان مرويان من أصحابنا فقول صاحب الهداية بعد حديث الفواسق ولأن الذئب في معنى الكلب العقور أي في أنه يبتدئ بالأذى وكذا قوله العقعق غير مستثنى لأنه لا يبتدئ بالأذى فليس كغراب الجيف مع قوله في جواب قياس الشافعي السباع على الفواسق والقياس ممتنع لما فيه من إبطال العدد ناظر إلى المذهبين فلهم ما مر وأنه عددي لزم إبطال نص العدد إذ هو لا يحتمل الزيادة والنقصان كما علم في ثلاثة قروء.

قلنا التعميم بعلته لا سيما إذا كانت مفهومة لغة إذ الثابت بدلالة النص منصوص لا بنفسه وعدم التعرض ليس تعرض العدم.

العاشر في مفهوم الاستثناء إنما هو نفي غير المذكور آخرا فاعتمد البعض في أنه لا يفيد الحصر على أنه مثل إن وما زائدة كالعدم. قلنا بل بينهما فرق لإفادته الحصر بالنقل

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢٠٢/٢

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٢٠٤) ح (٣١٣٦) ومسلم (٢/ ٨٥٦) ح (١١٩٨).
(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١/ ٢٥٤) ح (١١٢٨)، والإمام الشافعي في مسنده (١/ ٣٤٠)، وابن ماجه (٢/ ١١٠٢) ح (٣٣١٤) والربيع في مسنده (١/ ٢٤٣) ح (٦١٨) والإمام أحمد في مسنده (٢/ ٩٧) ح (٥٧٢٣) وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٢٦٠) ح (٨٢٠).." [1]

"تفاصيل أحكامهم مع جواز خفاء بعضهم عمدا أو انقطاعه خملة أو أسره في مطمورة أو كذبه خوفا أو تغير اجتهاده قبل السماع عن الباقين وجوابه أنه تشكيك في مصادمة الضرورة للقطع بإجماع الصحابة والتابعين على تقديم القاطع على المطون وهم كانوا محصورين مشهورين دينين ولم يرجع واحد منهم وإلا لاشتهر.

الفصل الثالث في إمكان نقل العالم إلى المحتج به

قالوا الآحاد لا تفيد القطع ويجب في التواتر واستواء الطرفين والواسطة ويستحيل عادة مشاهدة أهل التواتر جميع المجتهدين شرقا وغربا طبقة بعد طبقة إلى أن يتصل بالمحتج به وجوابه ما مر للقطع بأن الإجماع المذكور منقول إلينا تواترا.

الفصل الرابع: في حجيته

وخالف النظام والشيعة وبعض الخوارج وهم شرذمة قليلون من أهل الأهواء نشأوا بعد الاتفاق على حجيته فلا عبرة بخلافهم (١) وما روى عن أحمد من قوله من ادعى الإجماع فهو كاذب استبعاد لوجوده أو الاطلاع عليه ممن بزعمه وحده والدليل على حجيته عقلي ونقلي، أما العقلي فمنه أن ما عليه الإجماع لو لم يكن حقا لما أجمع العدد الكثير من العلماء المحققين على القطع بتخطئة مخالفه، لأن العادة قاضية بأن إجماع مثلهم في قطعي شرعي ليس إلا عن نص قاطع لا عن قياس إذ لا يفيد القطع ولا إجماع للدور وما فيه النص القاطع حق وقد أجمعوا لأن ما يدعى حجيته أخص الإجماعات وقيدنا العلماء بالمحققين احترازا عن الإجماع اتباعا لآحاد الأوائل من غير تحقيق كإجماع اليهود على أن لا نبي بعد موسى عليه السلام وقد وضح في النسخ وإجماع النصارى على قتل عيسى عليه السلام وقيدناه بالشرعي احترازا عن

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢/ ٢١٩

إجماع الفلاسفة على قدم العالم فإن معارضة الوهم في العقليات مجلبة للشبهة ولا اشتباه بين القاطع والظني في الشرعيات عند أهل التمييز وخلاصته استدلال بوجود الإجماع على القطع بتخطئة المخالف على وجود نص قاطع فيها لا بحجيته وبذلك على حجيته فالعلم بحجيته لا يتوقف على حجيته فلا مصادرة ومنه أنه لو لم يكن حجة قطعية لما أجمعوا على تقديمه على القاطع وإلا لعارضه إجماعهم على أن غير القاطع لا يقدم على القاطع وهو مح عادة ولا يلزم من الدليلين

---

(١) انظر: المحصول للرازي (٨١٢ - ٤٧) إحكام الأحكام للأمدي (١/ ٢٨٦ - ٣٢١) نهاية السول للإسنوي (٣/ ٢٤٥ - ٢٦٣) فواتح الرحموت، شرح مسلم الثبوت (٢/ ٢١٣ - ٢١٧) اللمع لأبي محمد الشميرازي (ص / ٤٨).." (١)

"لأن الأصل هو النهار (ولو أكل فعليه القضاء) عملا بالأصل، وإن كان أكبر رأيه أنه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لأن النهار هو الأصل، ولو كان شاكا فيه وتبين أنها لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة نظرا إلى ما هو الأصل وهو النهار.

(ومن أكل في رمضان ناسيا وظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة) لأن الاشتباه استند إلى القياس فتتحقق الشبهة، وإن بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية

______إنما هو دخول الليل في الوجود لا امتداده إلى وقت تحقق ظن طلوع الفجر لاستحالة تعارض اليقين مع الظن لأن العلم بمعنى اليقين لا يحتمل النقيض، فضلا أن يثبت ظن النقيض، فإذا فرض تحقق ظن طلوع الفجر في وقت فليس ذلك الوقت محل تعارض الظن به، واليقين ببقاء الليل، بل التحقيق أنه محل تعارض دليلين ظنيين في بقاء الليل وعدمه، وهما الاستصحاب والأمارة التي بحيث توجب ظن عدمه لا تعارض ظنين في ذلك أصلا إذ ذاك لا يمكن، لأن الظن هو الطرف الراجح من الاعتقاد فإذا فرض تعلقه بأن الشيء كذا استحال تعلق آخر بأنه لا كذا من شخص واحد في وقت واحد، إذ ليس له إلا طرف واحد راجح، فإذا عرف هذا فالثابت تعارض ظنين في قيام الليل وعدمه فيتهاتران، لأن موجب تعارضهما الشك لا ظن واحد فضلا عن ظنين، وإذا تهاترا عمل بالأصل وهو الليل فحقق هذا وأجره في مواطن كثيرة كقولهم: في شك الحدث بعد يقين الطهارة اليقين لا يزال بالشك ونحوه.

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢/٢٨٧

(قوله ولو أكل فعليه القضاء) وفي الكفارة روايتان، ومختار الفقيه أبي جعفر لزومها لأن الثابت حال غلبة ظن الغروب شبهة الإباحة لا حقيقتها، ففي حال الشك دون ذلك وهو شبهة الشبهة وهي لا تسقط العقوبات، هذا إذا لم يتبين الحال، فإن ظهر أكل قبل الغروب فعليه الكفارة لا أعلم فيه خلافا، والله سبحانه وتعالى أعلم، وهو الذي ذكره بقوله ولو كان شاكا إلى قوله ينبغي أن تجب الكفارة.

(قوله فعليه القضاء رواية واحدة) أي إذا لم يستبن شيء أو تبين أنه أكل قبل الغروب لأن النهار كان ثابتا بيقين وقد انضم إليه أكبر رأيه. وأورد لو شهد اثنان بأنها غربت واثنان بأن لا فأفطر ثم تبين عدم الغروب لا كفارة مع أن تعارضهما يوجب الشك. أجيب بمنع الشك فإن الشهادة بعدمه على النفي فبقيت الشهادة بالغروب بلا معارض فتوجب ظنه، وفي النفس منه شيء يظهر بأدنى تأمل.

(قوله ومن أكل في رمضان ناسيا) أو جامع ناسيا فظن أنه أفطر فأكل أو جامع عامدا لا كفارة عليه، وعلى هذا لو أصبح مسافرا فنوى الإقامة فأكل لا كفارة عليه.

(قوله وإن بلغه الحديث) يعني قوله – صلى الله عليه وسلم – «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه» وتقدم تخريجه، ففيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية لا تجب وصححه قاضي خان، وفي رواية تجب وكذا عنهما، ومرجع وجهيهما إلى أن انتفاء الشبهة لازم انتفاء الاشتباه أو لا، فقولهما بناء على ثبوت اللزوم والمختار بناء على ثبوت الانفكاك، لأن ثبوت الشبهة الحكمية بثبوت دليل الفطر وهو القياس القوي وهو ثابت لم ينتف، حتى قال بعض الأئمة بالفطر، وصرف قوله – عليه الصلاة والسلام – «فليتم صومه» إلى الصوم اللغوي وهو الإمساك. وقال." [1]

"وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنها تجب، وكذا عنهما لأنه لا اشتباه فلا شبهة. وجه الأول قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس فلا ينتفي بالعلم كوطء الأب جارية ابنه.

(ولو احتجم وظن أن ذلك يفطره ثم أكل متعمدا عليه القضاء والكفارة) لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي ـــــــأبو حنيفة: لولا النص لقلت يفطر. وصار كوطء الأب جارية ابنه لا يحد وإن علم بحرمتها عليه نظرا إلى قيام شبهة الملك الثابتة بقوله – عليه الصلاة والسلام – «أنت ومالك لأبيك» فإنها ثابتة بثبوت هذا الدليل، وإن قام الدليل الراجح على تباين الملكين

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢/٣٧٥

(قوله لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي) يعني: فيما إذا لم يبلغه الحديث لأن القياس لا يقتضي ثبوت الفطر مما خرج، بخلاف ما لو ذرعه القيء فظن أنه أفطر فأكل عمدا فإنه كالأول لا كفارة عليه.

فإن القيء يوجب غالبا عود شيء إلى الحلق لتردده فيه فيستند ظن الفطر إلى دليل، أما الحجامة فلا تطرق فيها إلى الدخول بعد الخروج فيكون تعمد أكله بعده موجبا للكفارة إلا إذا أفتاه مفت بالفساد، كما هو قول الحنابلة، وبعض أهل الحديث فأكل بعده لا كفارة لأن الحكم في حق العامي فتوى مفتيه.

(وإن بلغه الحديث واعتمده) على ظاهره غير عالم بتأويله وهو عامي (فكذلك عند محمد) أي لا كفارة عليه، لأن قول المفتي يورث الشبهة المسقطة، فقول." (١)

"لانعدام التسمية، بخلاف البيع؛ لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

ــــــQفإما؛ لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاها، ومجرد الرضا بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به؛ لأن به لا يدخل في ملك الآخر بالقبض، بخلاف الرضا بالحط؛ لأنه إسقاط فيتم بالواحد، وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر – رحمه الله – بما في الترمذي وغيره من قوله – صلى الله عليه وسلم – «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» الحديث، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فكان وجوب مهر المثل أصلا في كل نكاح فاسد، هذا بعدما فيه مما قدمنا في باب الأولياء والأكفاء.

[فروع]

لا يصير محصنا بهذا الدخول إلا عند أبي ثور.

وأجمعت الأمة على أنه لا يكون محصنا في العقد الصحيح إلا بالدخول، ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا، بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء مهر والأصل أن الوطء في غير الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره، وإن كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدده، ففي جارية الأب وجارية الزوجة إذا وطئها بخروج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره.

وفي جارية الابن إذا وطئها الأب والمكاتبة إذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد أو في النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك، وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته. وأما إذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٧٦/٢

حسام الدين: لم يذكره في الكتاب، وكان الشيخ برهان الدين والدي يقول: يتعدد المهر؛ لأنه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب في حق الابن، ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة.

ولو زنى بامرأة فتزوجها وهو مخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران: مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن طلقها في الحال؛ لأن هذا أكثر من الخلوة. وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر: لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر؟ قيل: إن كانت الطلقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطئها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر. وفي نوادر هشام عن محمد – رحمه الله –: اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد، وإن استحق نصفها فعليه نصف." (١)

"(وعليها العدة) إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب.

ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت، هو الصحيح؛ لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق

ــــــــالمهر. وفي آخر حدود خواهر زاده: الصبي إذا زنى بصبية فعليه المهر، وإن أقر بذلك لا مهر عليه، وإذا زنى الصبي ببالغة مكرهة فعليه المهر، وإن دعته إلى نفسها لا مهر عليه، ولو دعت صبية صبيا عليه المهر، وكذا لو دعت أمة صبيا، والمراد من المهر العقر (قوله وعليها العدة) يعني إذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة؛ لأنها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد، وينبغي أن لا يجب عليها الإحداد.

في الأصل فيما إذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها؛ لأنه دخل بها بشبهة النكاح؛ لأن خبر الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر. قال في الكتاب: وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه، ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحوه قضى – رضي الله عنه – ولأن الإحداد لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة؛ لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو متصف هنا؛ ولأنها النفقة التي كانت واجبة بأصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة هاهنا لتبقى، ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه؛ لأنه هو المستوفي للبدل، ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها (قوله ويعتبر ابتداؤها

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣/٣٦٥

من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح) احترازا عن قول زفر؛ لأنها إنما تجب باعتبار شبهة النكاح، ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمتاركة إذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع إلا بما قلنا، ولا تتحقق المشاركة إلا بالقول بأن يقول تاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها، أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر. قال الشيخ الإمام فخر الدين قاضي خان: هذا في المدخول بها." (١)

"(والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت) لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح، والحيض هو المعرف.

ـــــــQبركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيماء وهما بدلان.

أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا منها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء، والجمع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد، وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب، ولا الإيماء خلف عن الأركان لأنه موجود فيها وزيادة، ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقي البعض على حاله، وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه، فإنما تكون الخلفية بشيء آخر.

(قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا) وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوجة، فإن كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا، وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها، وبه يفتى، كذا في الذخيرة. ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لهما، والموطوءة بشبهة كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعي الاشتباه.

(قوله عدتهما الحيض في الفرقة) الكائنة بتفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها (والموت) أي موت الواطئ وذلك لقوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا﴾ [البقرة: ٢٣٤] ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوج بنكاح صحيح، فالعدة في حقهما للتعريف لا لإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله، غير أن الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء، وإنما وجبت في الصحيح ثلاثا

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣/٣٦٦

لأن المقصود فيه التعرف على وجه ال ا حتياط، وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه، فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به، أو استحاضة معه عندنا، وغاية الأمر أنه مخالف للعادة، بخلاف ما إذا تكرر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا." (١)

"إلا إذا كان أحد الشريكين أبا للآخر، أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام وفي حق الأب وهو ما له من الحق في نصيب الابن، وسرور النبي – صلى الله عليه وسلم – فيما روي؛ لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة – رضي الله تعالى عنه –، وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به (وكانت الأمة أم ولد لهما) ؛ لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لوالدها

ـــــــــلا نقول إنه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات؛ لأن الماءين لا يجتمعان في الرحم إلا متعاقبين. فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثاني، بل إنه يزيد في الأول في سمعه قوة وفي بصره وأعضائه. وأما التعليل بأنه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لا تحيض، فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه في نفس الأمر من ماء أحدهما، ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر. وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين؛ لأن القياس ينفي ثبوته من اثنين، لكنه ترك لأثر عمر. وقال محمد: لا يثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين. ولأبي حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد **الاشتباه** والدعوة فلا فرق. فلو تنازع فيه امرأتان قضي به بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق إلا بأم واحدة، ولا فرق بين كون الأنصباء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد، ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه؛ فعند أبي حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين، وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط، فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم، وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين. (قوله: إلا إذا كان أحد الشريكين أبا للآخر) استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت في حق كل منهما كملا.

وفي المبسوط: أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك، فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى؛ لأنه حر والمكاتب والعبد،

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٣٢٠

وإن كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب؛ لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب، وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب؛ لأنه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك، قيل ويجب أن يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة، ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد؛ لأنه أقرب إلى الإسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر.

(قوله: وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) ول١ يضمن واحد منهما لشريكه شيئا؛ لأنه لم ينتقل." (١)

"يؤيد ذلك قوله - عليه الصلاة والسلام - «ادرءوا الحدود بالشبهات» ثم الشبهة نوعان: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية.

ـــــــولأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل، بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة، فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع. وأيضا في إجماع فقهاء الأمصار على أن «الحدود تدرأ بالشبهات» كفاية، ولذا قال بعض الفقهاء: هذا الحديث متفق عليه، وأيضا تلقته الأمة بالقبول. وفي تتبع المروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والصحابة ما يقطع في المسألة. فقد علمنا «أنه - عليه الصلاة والسلام - قال لماعز لعلك قبلت، لعلك لمست، لعلك غمزت» كل ذلك يلقنه أن يقول: نعم بعد إقراره بالزنا، وليس لذلك فائدة إلا كونه إذا قالها ترك وإلا فلا فائدة. ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه، وكذا ق١ل للسارق الذي جيء به إليه «أسرقت ما إخاله سرق» وللغامدية نحو ذلك، وكذا قال علي - رضي الله عنه - لشراحة على ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة، لعله استكرهك، لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه، وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا.

فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت؛ لأنه كان بعد صريح الإقرار وبه الثبوت، وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله «ادرءوا الحدود بالشبهات» فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا في ضروري فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه، وإنما يقع الاختلاف أحيانا في بعض أهي شبهة صالحة للدرء أو لا بين الفقهاء.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥/٥٤

إذا عرف هذا فنقول: الشبهة ما يثبت الثابت وليس بثابت، ولا للفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات؛ فالشافعية قالوا: الشبهة ثلاثة أقسام: في المحل، والفاعل، والجهة. أما الشبهة في المحل فوطء." (١)

"فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه؛ لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه.

والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده. والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث. والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى؛ وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية

ـــــــزوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه، ولو وطئ أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الأظهر.

وأما الشبهة في الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه. وأما الشبهة في الجهة قال الأصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حد فيها، وإن كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود. وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة: أي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه. وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك: أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل (قوله فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه إلخ) أي من اشتبه عليه الحل والحرمة، ولا دليل في السمع يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن، وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا

(والثانية) وهي الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) كقوله – عليه الصلاة والسلام –: «أنت ومالك لأبيك» سواء ظن الحل أو علم الحرمة لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الأمر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل منهما لإطلاق الحديث) يعني قوله – عليه الصلاة

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥/٢٤٩

والسلام – «ادرءوا الحدود بالشبهات» ، (وقوله والنسب يثبت في الثاني) أي في شبهة المحل (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول، وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا) لفرض أن لا شبهة." (١)

"مواضع: جارية أبيه وأمه وزوجته، والمطلقة ثلاثا وهي في العدة، وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة، وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة، وجارية المولى في حق العبد، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود.

ــــــــملك إلا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع إليه: أي إلى الواطئ لا إلى المحل، فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء، وكذا لا تثبت به عدة لأنه لا عدة من الزاني. قيل هذا غير مجرى على عمومه فإن المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لأنه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب. وفي الإيضاح: المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا. قال شارح: بل هو على ظاهره.

وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق، ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين ول ا يثبت لتمام سنتين: يعني لأنه إذا كان لأقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق، بخلاف ما إذا كان لتمامهما، وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها إذا جاءت به لتمام سنتين إنما لا يثبت نسبه إذا لم يدعه، أما إذا ادعاه فإنه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة، والكلام هاهنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بأنه زنا محض، فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الأولى في النظر، وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد، بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فإنه لا شبهة عقد فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع: أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته، وإن عليا أو زوجته، أو المطلقة ثلاثا." (٢)

"قائمة في حق الجد. قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه

(وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه، وإن قال: علمت أنها علي حرام حد، وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٥٠/٥

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٥١/٥

الاستمتاع فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا

ـــــــوتخاف الردى نفسي عليها وإنها ... لتعلم أن الموت حتم موكل

كأني أنا المطروق دونك بالذي ... طرقت به دوني فعيني تهمل فلما

بلغت السن والغاية التي ... إليك مراما فيك كنت أؤمل

جعلت جزائي غلظة وفظاظة ... كأنك أنت المنعم المتفضل

فليتك إذ لم ترع حق أبوتي ... فعلت كما الجار المجاور يفعل

فأوليتني حق الجوار ولم تكن ... علي بمال دون مالك تبخل

قال: فبكى – صلى الله عليه وسلم – ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال: اذهب أنت ومالك لأبيك» . وروي حديث جابر الأول من طرق كثيرة.

وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضي بإطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطء والد سيدها وجده، وإن كان ولده الذي هو سيد الأمة حيا فإنه قال في وضع المسألة: لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده، ثم قال: ويثبت النسب: أي من واطئ جارية ولده وولد ولده، لكنه إنما أراد من وطئ جارية ولده فقط بدليل قوله: وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الأب. وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لأبي الليث: إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء، وقال: ظننت أنها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه، وأنه سقط عنه لفظة لا لأن جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته، ونفس أبي الليث صرح في شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لأنه محجوب بالأب. وصرح به في الكافي.

وفي المبسوط: أن من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فإن كان الأب حيا لم تثبت دعوة الجد إذا كذبه. وكذا الولد لأن صحة الاستيلاد تبتني على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الأب، ولكن إن أقر به ولد الولد عتق بإقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة، ولا شيء على الجد من قيمة الأمة لأنه لم يتملكها، وعليه العقر لأن الوطء ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر، وكذلك إن كانت ولدته بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر؛ لأنا علمنا أن العلوق كان في حياة الأب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه، وإن كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة، صدقه ابن الابن أو كذبه؛ لأن العلوق حصل بعد موت الأب، والجد عند عدم الأب كالأب في الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاد

(قوله وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لي فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر يحده لقيام الوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد، كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) فقال: ظننت حلها لي لا يحد، وإن قال: علمت حرمتها حد (لأن بين هؤلاء) أي بين الإنسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (انبساطا في الانتفاع فظن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين الإنسان وأخيه وعمه على ما يأتي (فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا." [(١)]

"(ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء: إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك علي – رضي الله عنه – وبالعدة، ولأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الاشتباه، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف – رحمه الله – لأن الملك منعدم حقيقة

(ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل، وهذا

ـــــــهينفي معنى الحرز فانتفى القطع. أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا

(قوله ومن زفت) أي بعثت (إليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف، ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ. ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب. فالأوجه أنها شبهة دليل، فإن قول النساء: هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء، فإن قول الواحد مقبول في المعاملات، ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل وقالت: مولاي أرسلني إليك هدية، فإذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة (قوله ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف) فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطئا حلالا ظاهرا. وأجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا في إيراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد. لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا، وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥/٢٥٦

لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا.

والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب، وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما علي لعلمي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفا. والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه. وكون الإخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو «أنت ومالك لأبيك» والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه: أعني عدم ثبوت النسب للإجماع فيه. وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين

(قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا للأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل. ولنا أن المسقط." (١)

"المرضية، أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤتم على مباشرته، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد.

ـــــــدافق﴾ [الطارق: ٦] أي مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زناها والزنا فعل من هو منهي عنه آثم به (وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا لو قلنا: إنها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لأنها إنما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون.

فإن قيل: كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك أنه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة إلى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل؟ فالجواب بأنه إنما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فإن تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا، فلو منع وقيل بل ترتب الحد إنما هو على تمكينها من الوطء المفضي إلى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا. فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا، ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك، لكن بقي أن يقال: كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٥٨/٥

ممنوع بل إدخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة، وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة، وإن لم يجب على فاعله حد. والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لأن قولهم وطئ الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل. والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الإيجاب فلا تحد به، والله أعلم.

ومما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي، كما أنه استفسر ماعزا فقال: أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد؛ لأنها لما قالت: زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك، بخلاف ماعز فإنه." (١)

"(وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وإن أقر بذلك حد) ؛ لأنه لا يخفى عليه أمته أو امرأته

(وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا: يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه، بخلاف جانبها؛ لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما. وله أنه اختلف المشهود عليه؛ لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما،

ـــــــــQيحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة

(قوله: وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لأن الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحد أيضا لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد، وهذا اللفظ منه ليس إقرارا موجبا للحد فلا يحد، وأما ما قيل ولو كان إقرارا فبمرة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال أربعا حد وليس كذلك (وإن أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد) لأنه لا تشتبه عليه امرأته.

فإن قيل: قد تشتبه عليه بأن لم تزف إليه. قلنا: الإنسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه، فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لا تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف، وصار معنى قوله لم أعرفها:

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥/٢٧٢

أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد

(قوله: وإن شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته؛ فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة (وقالا: يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أي الشهود الأربعة على الموجب للحد عليه، كذا في بعض النسخ وهو الأحسن وفي غالبها لاتفاقهما: أي الفريقين، وعليه قوله (وتفرد أحدهما بزيادة جناية) أي تفرد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هي الإكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا، فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة. ولأبي حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره، فقال اختلف المشهود عليه، فإن المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما إذا كانت طائعة؛ لأن الفعل: أي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان، وواحد على تقدير وهو ما إذا كانت مكرهة." (١)

"يتركه من غير ضرورة. وقال الشافعي: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة؛ ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

ـــــــهذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر، فقد جوز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز.

وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها، لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه من الغنم، ويؤيده أن

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٨٤/٥

الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالإجماع، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحري حالة **الاشتباه** أولى انتهى.

أقول: لا **الشبهة** شيء ولا الجواب عندي. أما الأول فلأن تجويز التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطرار بأن لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به، وعدم تجويزه فيما إذا كانت الميتة والذكية نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسألتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا. وأما الثاني فلأن ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها. لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إنما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته، فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسألتين.

[خاتمة الكتاب]

قال مؤلف الكتاب – رحمه الله – هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداية، ألفته مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال، وسميته: (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لاشتماله على ثلاثة آلاف من التصرفات التي لم يسبقني إليها أحد من الثقات، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فله الحمد والمنة وله الكبرياء، ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار، ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والأنصار تم.." (١)

"ثبوته) أي حكم الأصل (إلا بها) أي بالعلة (للفرعية) للأصل كما هو الفرض (بخلاف ما إذا أثبت المستدل (الوجود في مركب الوصف فإنه) أي المعترض (معه) أي إثبات المستدل الوجود فيه (يمنع حكم الأصل وهو) أي منعه حكم الأصل (دليل أنه) أي المعترض (مانع صحة ما عينه المستدل فيهما) أي مركبي الأصل والوصف (وإذن فقولهم) أي الأصوليين (للمستدل أن يثبت وجودها) أي العلة في الأصل (بدليله)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥٢٨/١٠

أي الثبوت (من حس أو عقل أو شرع أو لغة فينتهض) الدليل (عليه) أي المعترض (لأنه معترف بصحة الموجب) أن يكون علة موجبة (ووجوده) أي الموجب في الأصل (إذ قد ثبت بالدليل) فلزمه القول بمقتضاه وهو ترتب الحكم عليه ويظهر أن الوجه الاقتصار على هذا أو حذف قوله لأنه معترف بصحة الموجب ووجوده لأن هذا تعليل لتسليمه واعترافه والفرض منعه حتى احتاج المستدل إلى إقامة الدليل عليه وخبر فقولهم (فيه نظر بل إذا أثبتهما) أي المستدل الوجود والاعتبار انتهض حينئذ (كالأول) أي مركب الأصل (فالأول) أي مثال مركب الأصل (قول شافعي) في كون الحر لا يقتل بعبد قتله المقتول (عبد فلا يقتل به الحر كالمكاتب المقتول عما بقي بكتابته ووارث غير سيده) لا يقتل قاتله الحر به.

وإن اجتمع السيد ووارثه على طلب القصاص فيلحق العبد به هنا بجامع الرق (والحنفي يوافقه) أي الشافعي (فيه) أي في حكم الأصل وهو عدم قتل الحر بالمكاتب المذكور ويخالفه في العلة (فيقول العلة) عندي (جهالة المستحق) للقصاص (من السيد والورثة لاختلاف الصحابة في عبديته وحريته) أخرج البيهقي عن الشعبي كان زيد بن ثابت يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولا يرث ولا يورث وكان علي – رضي الله عنه – يقول إذا مات المكاتب وترك مالا قسم ما ترك على ما أدى وعلى ما بقي فما أصاب ما أدى فللورثة وما أصاب ما بقي فسلموا إليه وكان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي من مكاتبته ولورثته ما بقي وأخرج عبد الرزاق وغيره هذا الذي عن ابن مسعود عن علي أيضا واختلافهم يوجب اشتباه الولي فانتفى القصاص لأنه ينتفي بالشبهة (فإن صحت) علتي (بطل إلحاقك) العبد بالمكاتب في حكمه لعدم المشاركة في العلة (وإلا) أي وإن لم تصح علتي بل صحت علتك وهي العبدية (منعت حكم الأصل فيقتل الحر به) أي بالمكاتب لعدم المانع منه حينئذ فلم ينفك الحنفي في هذه الصورة عن عدم العلة في الفرع على تقدير كونها الجهالة أو منع الحكم في الأصل على تقدير أنها الرق فلا يتم القياس على التقديرين (ولا يتأتى) أي ولا يصح منع حكم الأصل (إلا من مجتهد) لجواز تبدله في نظره (أو من علم عنه) أي المجتهد (مساواتها) أي العلة التي أبداها المعترض لحكم الأصل فينتفي الحكم لانتفائها إما مقلد لم يعلم ذلك فلا لاحتمال أن لا يكون ما عينه هو المأخذ في نظر إمامه وبتقدير أن يكون فلا يلزم من عجز المقلد عن تقريره عجز إمامه لكونه أكمل حالا منه فيجب عليه تصويب إمامه في الأصل وإن لزم تخطئته في الفرع لا بالعكس نعم يمكن أن يقال إن ثبت النقل عن إمامه بأنه لم يقل بهذا الحكم إلا بناء على هذا المدرك كان للمقلد منع الحكم على تقدير ثبوت بطلان المدرك لأن إمامه لا يتصور أن يقول بحكم بلا مدرك ولا يكون هذا تخطئة لإمامه بل تعريضا على قوله إنه لا مدرك له إلا هذا كما في شرح البديع للشيخ سراج الدين الهندي.

(والثاني) أي ومثال مركب الوصف قول شافعي في الاستدلال على عدم صحة تعليق الطلاق بما هو سبب ملكه وهو النكاح (في إن تزوجت فلانة فطالق) هذا (تعليق للطلاق قبل النكاح فلا يصح) فلو تزوجها لا تطلق (كقوله) أي القائل (فلانة التي أتزوجها طالق) حيث لا تطلق إذا تزوجها (فيقول) الحنفي (كونه) أي الطلاق (تعليقا) على سبب ملكه (منتف في الأصل) أي فلانة التي أتزوجها (بل) الأصل (تنجيز) للطلاق (فإن صح) كونه تنجيزا (بطل إلحاقك) هذا الفرع بهذا الأصل (وإلا) أي وإن لم يصح كونه تنجيزا بل كان تعليقا (منعت حكم الأصل)." (١)

"القاضي المجتهد المفوض إليه الحكم باجتهاده على ما في ذلك من خلاف فليتنبه له والله سبحانه أعلم وهذا هو الجهل الرابع من القسم الأول من أقسام الجهل الثلاثة

القسم (الثاني) من أقسام الجهل الثلاثة (جهل يصلح شبهة) دراءة للحد، والكفارة وعذرا في غيرهما وكان الأولى ذكره مثال هذا (كالجهل في موضع اجتهاد صحيح بأن لم يخالف) الاجتهاد (ما ذكر) أي الكتاب، أو السنة المشهورة، أو الإجماع، وكان في مناط الحكم فيه خفاء، وقد اختلف العلماء فيه (كمن صلى الظهر بلا وضوء) ظانا أنه على وضوء (ثم صلى العصر به) أي بوضوء (ثم ذكر) أنه صلى الظهر بلا وضوء (فقضى الظهر فقط ثم صلى المغرب يظن جواز العصر) بجهله بوجوب الترتيب (جاز) أداؤه صلاة المغرب (لأنه) أي ظنه جواز العصر (في موضع الاجتهاد) الصحيح (في ترتيب الفوائت) ؛ لأن في مناط الحكم بوجوبه فيها نوع خفاء ولهذا وقع فيه خلاف بين العلماء ثم خلافهم معتبر ليس فيه مخالفة لشيء مما ذكر فكان دليلا شرعيا صالحا لإفادة ظن جواز العصر، فإن كانت في الحقيقة إنما أديت قبل الظهر حتى كان عليه قضاء العصر فكان هذا الجهل عذرا في جواز المغرب لا العصر.

والفرق أن فساد الظهر بترك الوضوء فساد قوي مجمع عليه فكانت متروكة بيقين فيظهر أثر الفساد فيما يؤدى بعدها ولم يعذر بالجهل وفساد العصر بترك الترتيب ضعيف مختلف فيه فلم تكن متروكة بيقين فلم يتعد حكمه إلى صلاة أخرى؛ لأن وجوب الترتيب ثبت بالسنة في متروكه بيقين علما وعملا وكان الحسن بن زياد يقول: إنما يجب مراعاة الترتيب على من يعلم فأما من لا يعلم به فليس عليه ذلك؛ لأنه ضعيف في نفسه فلا يثبت حكمه في حق من لا يعلم به وكان زفر يقول: إذا كان عنده أن ذلك يجزيه فهو في معنى الناسي للفائتة فيجزيه فرض الوقت وأجيب بأنه إن كان الرجل مجتهدا قد ظهر عنده أن مراعاة الترتيب

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٣٣/٣

غير واجب فهو دليل شرعي، وكذا إن كان ناسيا، فإنه حينئذ معذور غير مخاطب بأداء الثانية قبل أن يذكرها بخلاف ما إذا كان ذاكرا، وهو غير مجتهد، فإن مجرد ظنه ليس بدليل شرعي فلا يعتبر ومثال الأول ما أشار إليه بقوله: (وكقتل أحد الوليين) قاتل موليه عمدا عدوانا (بعد عفو) الولي (الآخر) جاهلا بعفوه، أو بسقوط القود بعفوه معتمدا على ظن أن القود له (لا يقتص منه) ؛ لأن هذا جهل في موضع الاجتهاد (لقول بعض العلماء) من أهل المدينة على ما في التهذيب (بعدم سقوطه) أي القصاص الثابت للورثة (بعفو أحدهم) حتى لو عفا أحدهم كان للباقين القتل هذا إذا لم يوجد الإجماع سابقا على هذا القول، أو لاحقا إن ثبت عمن يعتد بخلافه وإلا فالظاهر أن هذا مخالف للإجماع؛ لأن الاجتهاد، وإن كان يقتضي أن لكل ولاية الاستيفاء بعد عفو أحدهما لم يقل به أحد من الفقهاء فلا يكون ذلك الاجتهاد صحيحا وحينئذ، فإنما يكون هذا الجهل شبهة في إسقاط القود؛ لأنه جهل في موضع الاشتباه أما على التقدير الأول فلأنه علم وجوب القصاص وما ثبت فالظاهر بقاؤه، والظاهر يكون شبهة في درء ما يندرئ بالشبهات.

وأما على التقدير الثاني فلأن الظاهر أن تصرف غيره في حقه غير نافذ عليه وسقوط القود لمعنى خفي، وهو أن القود لا يقبل التجزؤ فاشتبه عليه حكم قد يشتبه فيصير بمنزلة الظاهر في إيراث الشبهة (فصار الجهل المذكور (شبهة تدرأ القصاص) ، وقد يسقط القود باعتبار الظن كما لو رمى إلى شخص ظنه كافرا، فإذا هو مسلم، وإذا سقط القود بالشبهة لزمه الدية في ماله؛ لأن فعله عمد ويحسب له منها نصف الدية؛ لأن بعفو شريكه وجب له نصف الدية على المقتول فيصير نصف الدية قصاصا بالنصف ويؤدي ما بقي أما لو علم سقوط القود بالعفو ثم قتله عمدا يجب القود لإقدامه على القتل مع العلم بالحرمة ثم هذا كله عند علمائنا الثلاثة وقال زفر عليه القصاص لسقوط القود بالعفو علم به، أو لا اشتبه عليه حكمه، أو لا؛ لأن مجرد الظن غير مانع من وجوب القود بعد ما تقرر سببه كما لو قتل رجلا على ظن أنه قتل وليه ثم جاء وليه حيا، وقد انطوى دفعه فيما تقدم.

(و) مثل (المحتجم) في." (١)

"نهار رمضان (إذا ظنها) أي الحجامة (فطرته) فأفطر بعدها (لا كفارة) عليه، وإنما عليه القضاء لا غير (لأن) قوله – صلى الله عليه وسلم – «أفطر الحاجم، والمحجوم») رواه أصحاب السنن وصححه ابن حبان، والحاكم (أورث شبهة فيه) أي في وجوبها بالفطر بعد الحجامة (وهذه الكفارة يغلب فيها معنى العقوبة) على العبادة عند الحنفية (فتنتفي بالشبهة) كما تقدم في فصل الحاكم وهذا يشير إلى أن فطره بعد

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ٣/٣٢٥

الحجامة كان اعتمادا على هذا الحديث غير عالم بتأويله ونسخه، وهو عامي، وهو قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن قول المفتي المعتمد في فتواه في بلده إذا كان يورث الشبهة المسقطة حتى لو أفتاه بالفساد كما هو قول أحمد فأفطر بعده لا كفارة عليه؛ لأن الحكم في حق العمل فتوى مفتيه، وإن كان مخطئا فيما أفتى به؛ لأنه لا دليل له سواه فكان معذورا

ولا عقوبة على المعذور فقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – أولى؛ لأنه الأصل وقال أبو يوسف: عليه الكفارة؛ لأنه ليس للعامي الأخذ بظاهر الحديث لجواز كونه مصروفا عن ظاهره، أو منسوخا بل عليه الرجوع إلى الفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة صحيح الأخبار وسقيمها وناسخها ومنسوخها، فإذا اعتمده كان تاركا للواجب عليه، وترك الواجب لا يقوم به شبهة مسقطة لها بقي لو أفطر بعدها ظانا الفطر بها ولم يستفت عالما ولم يبلغه الحديث أصلا، أو بلغه ولكن علم تأويله، أو نسخه ولا إشكال في وجوب الكفارة عليه اتفاقا أما الأول فلأن الظن ما استند إلى دليل شرعي، والقياس لا يقتضي ثبوت الفطر بما خرج فيكون ظنه مجرد جهل، وهو لا يكون عذرا في دار الإسلام، وأما الثاني فلتعاضد علمه بكون الحديث على غير ظاهره، أو نسخه مع كون الفطر بها على خلاف القياس على وجوب الكفارة لانتفاء الشبهة حينئذ في وجوبها قالوا: وإن علم أن بعض العلماء قال بالفطر بها ولكن في هذا نظر

(ومن زنى بجارية والده) ، أو والدته (أو زوجته يظن حلها لا يحد) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: يحد للوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه، أو عمه على ظن الحل وهم يقولون لا يحد (للاشتباه) ؛ لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال فظنه حل الاستمتاع بأمتهم اعتماد على شبهة في ذلك فاندرأ الحد بها بخلاف الأخ، والعم، فإنه لا انبساط لكل منه، ومنهما في مال الآخر فدعوى ظنه الحل ليست معتمدة على شبهة فلا تعتبر (ولا يثبت نسب) بهذا الوطء، وإن ادعاه الواطئ (ولا عدة) أيضا على الموطوءة بهذا الوطء (لما) عرف (في موضعه) من أنه تمحض زنا إذ لا حق له في المحل، والولد للفراش وللعاهر الحجر ولا عدة من الزنا، وهذه إحدى الشبهتين الدارئتين للحد عندهم وتسمى شبهة في الفعل وشبهة اشتباه؛ لأنها إنما تؤثر في سقوط الحد على من اشتبه عليه لا على من لم يشتبه عليه كقوم سقوا خمرا على مائدة فمن علم بها وجب عليه الحد ومن لا فلا

والشبهة الأخرى وتسمى الشبهة في المحل وشبهة الدليل، والشبهة الحكمية وجود الدليل النافي للحرمة في ذاته مع تخلف حكمه لمانع وهذه لا تتوقف على الظن كوطء الأب جارية ابنه، فإنه لا يحد إن قال:

علمت أنها حرام علي؛ لأن المؤثر في هذه الشبهة الدليل الشرعي كقوله – صلى الله عليه وسلم –: «أنت ومالك لأبيك» رواه ابن ماجه بسند صحيح، وهو قائم فيؤثر في سقوط الحد مطلقا ويثبت به النسب إذا ادعاه وتصير الجارية به أم ولد وعند أبي حنيفة شبهة أخرى دارئة للحد وهي شبهة العقد سواء علم الحرمة أم لا كوطء التي تزوجها بغير شهود، وإنما لم يتعرض المصنف لهاتين؛ لأنهما ليستا مما هو بصدده كما هو غير خاف ثم كما قال المصنف: ومعنى دعوى ظنه الحل أنه علم أن الزنا حرام لكن ظن أن وطأه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط الآتي قريبا (وكذا حربي دخل دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحد) ؛ لأنه في موضع الشبهة يحل شربها في وقت (بخلاف ما إذا زنى) بعد دخوله دار الإسلام وإسلامه زاعما حل الزنا، فإنه لا يلتفت إلى زعمه ويحد.

وإن فعله أول يوم دخوله الدار وإسلامه (لأن جهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة) دارئة للحد عنه؛ لأن هذا الظن في غير محل الشبهة (لأن الزنا حرام في جميع الأديان) فلم يتوقف العلم بحرمته." (١)

"وكتبنا في شرح الكنز من كتاب القضاء أن من القضاء الباطل القضاء بخلاف شرط الواقف؛ لأن مخالفته كمخالفة النص،

وفي الملتقط: القاضي إذا زوج الصغيرة من غير كفء لم يجز (انتهى) .

فعلم أن فعله مقيد بالمصلحة، ولهذا صرحوا بأن الحائط إذا مال إلى الطريق فأشهدوا واحدا على مالكها ثم أبرأه القاضي لم يصح، كما في التهذيب، وكذا لا يصح تأجيل القاضي؛ لأن الحق ليس له كذا في جامع الفصولين.

القاعدة السادسة: ﴿الحدود تدرأ بالشبهات﴾

وهو حديث رواه الأسيوطي، معزيا إلى ابن عدي من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما،

وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ﴿ادفعوا الحدود ما استطعتم﴾ ،

وأخرج الترمذي، والحاكم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ﴿ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلمين مخرجا فخلوا سبيلهم، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة﴾

وأخرج الطبراني عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفا (ادرءوا الحدود والقتل عن عباد الله ما استطعتم)

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ٣/٣٢٦

وفي فتح القدير: أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحديث المروي في ذلك متفق عليه، وتلقته الأمة بالقبول.

والشبهة ما يشبه الثابت، وليس بثابت، وأصحابنا رحمهم الله قسموها إلى شبهة في الفعل، وتسمى شبهة الاشتباه، وإلى شبهة في المحل؛ فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل، والحرمة فظن غير الدليل دليلا فلا بد من الظن، وإلا فلا شبهة أصلا.

كظنه حل وطء جارية زوجته أو أبيه أو أمه أو جده، وإن علا، ووطء المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال، والمختلعة أو أم الولد إذا أعتقها، وهي في العدة،، ووطء العبد جارية مولاه، والمرتهن في حق المرهونة في رواية، ومستعير الرهن كالمرتهن.

ففي هذه المواضع لا حد إذا قال: ظننت أنها تحل لي، ولو قال: علمت أنها حرام علي وجب الحد

ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع، لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة

والشبهة في المحل في ستة مواضع:

جارية ابنه، والمطلقة طلاقا بائنا." (١)

"جنسها؛ لأن المقصود بسجود السهو رغم أنف الشيطان، وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة، والمقصود في الثاني جبر هتك الحرمة، فلكل جبر، فاختلف المقصود

ولو زنى أو شرب أو سرق مرارا كفى حد واحد سواء كان الأول موجبا؛ لما أوجبه الثاني أو لا فلو زنى بكرا ثم ثيبا كفى الرجم، ولو قذف مرارا واحدا أو جماعة، في مجلس أو مجالس كفى حد واحد، بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى فإنه يحد ثانيا، ولو زنى وشرب، وسرق أقيم الكل؛ لاختلاف الجنس، ولو وطئ في نهار رمضان مرارا لم يلزم بالثاني وما بعده شيء.

ولو في يومين فإن كانا من رمضانين تعددت، وإلا فإن كفر للأول تعددت، وإلا اتحدت، ولو قتل المحرم صيدا في الحرم فعليه جزاء واحد للإحرام؛ لكونه أقوى، ولو لبس المحرم ثوبا مطيبا فعليه فديتان؛ لاختلاف الجنس، ولذا قال الزيلعي في قول الكنز (أو خضب رأسه بحناء) : هذا إذا كان مائعا، وأما إذا كان ملبدا فعليه دمان: دم للطيب، ودم لتغطية الرأس (انتهى) .

ويتعدد الجزاء على القارن فيما على المفرد به دم؛ لكونه محرما بإحرامين عندنا، وقولهم: إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/١٠٨

استثناء منقطع؛ لأنه حالة المجاوزة لم يكن قارنا ولو تكرر الوطء **بشبهة**، واحدة، فإن كانت **شبهة** ملك لم يجب إلا مهر واحد؛ لأن الثاني صادف ملكه، وإن كانت **شبهة** **اشتباه**، وجب لكل وطء مهر؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير، فالأول كوطء جارية ابنه أو مكاتبه، والمنكوحة فاسدا، ومن الثاني كوطء أحد الشريكين الجارية المشتركة

لو وطئ مكاتبة مشتركة مرارا اتحد في نصيبه لها، وتعدد في نصيب شريكه، والكل لها ولا يتعدد في الجارية المستحقة، كذا في الظهيرية.

ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد، والقيمة لاختلافهما، ولو زنى بحرة فقتلها وجب الحد مع الدية. ولو زنى بكبيرة فأفضاها، فإن كانت مطاوعة من غير دعوى **شبهة** فعليهما الحد، ولا شيء في الإفضاء، ولا مهر لها لوجوب الحد، وإن كان مع دعوى **شبهة** فلا حد عليهما، ولا شيء في الإفضاء، ووجب العقر، وإن كانت مكرهة من غير دعوى **شبهة** فعليه الحد دونها، ولا مهر لها فإن لم يستمسك بولها فعليه دية كاملة، وإلا حد، وضمن ثلث الدية، وإن كان مع دعوى **شبهة** فلا حد عليهما، فإن كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية، ويجب المهر في ظاهر الرواية.

وإن لم يستمسك البول فعليه دية كاملة، ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد رحمه الله، وإن كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة إلا في حق سقوط الأرش، وإن كانت لا يجامع مثلها فإن كان يستمسك بولها فعليه ثلث الدية، وكمال المهر، ولا حد عليه، وإلا فالدية فقط، كذا في شرح الزيلعي من الحدود." (١)

"القنية، وله عزل نفسه بحضرة القاضي، وقد ذكرنا التولية على الأوقاف في وقف الفوائد

تقسيم: في العقود: البيع نافذ وموقوف ولازم وغير لازم وفاسد وباطل

وضبط الموقوف في الخلاصة في خمسة عشر، وزدت عليها ثمانية: تكميل: الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك، لكن قالوا: نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ فلا حد، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد، وفي جامع الفصولين: نكاح المحارم؛ قيل باطل وسقط الحد **لشبهة** **الاشتباه**، وقيل فاسد وسقط الحد **لشبهة** العقد (انتهى) .

وأما في البيع، فمتباينان فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/١١٣

وصفه، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض، وحكم الثاني أنه يملك به.

وأما في الإجارة فمتباينان؛ قالوا لا يجب الأجر في الباطلة، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك، ويجب أجر المثل في الفاسدة، وأما في الرهن فقال في جامع الفصولين: فاسده يتعلق به الضمان، وباطله لا يتعلق به الضمان بالإجماع، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله، ومن الباطل: لو رهن شيئا بأجر نائحة أو مغنية، وأما في الصلح فقالوا: من الفاسد الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة والصلح الباطل: الصلح عن الكفالة والشفعة وخيار العتق وقسم المرأة وخيار الشرط وخيار البلوغ؛ ففيها يبطل الصلح ويرجع الدافع بما دفع كذا في جامع الفصولين.

وأما في الكفالة فقال في جامع الفصولين: إذا ادعى بحكم كفالة فاسدة رجع بما أدى؛ فالكفالة بالأمانات باطلة (انتهى) ولم يتضح الفرق بين الفاسد والباطل في الرهن والكفالة بما ذكرنا فليرجع إلى الكتب المطولة.

وأما الكتابة؛ ففرقوا فيها بين الفاسد والباطل؛ فيعتق بأداء العين في فاسدها كالكتابة على خمر أو خنزير؛ ولا يعتق في باطلها كالكتابة على ميتة أو دم كما ذكره الزيلعي.." (١)

"ينتفع به على الخصوص، ثم في هذا حق الله تعالى أيضا لما فيه من حق الاستعباد فكان الغالب حق الله (فليس للمقذوف إسقاطه) أي الحد: لأن حق الله لا يسقط بإسقاط العبد وإن كان غير متمحض له كما يشهد به دلالة الإجماع على عدم سقوط العدة بإسقاط الزوج إياها، وإن كان المقصد منها الاحتراز عن اختلاط ماء الغير بمائه الموجب **الاشتباه** في نسب ولده، وذلك لما فيها من حق الله عز وجل (ولذا) أي ولكون الغالب في هذا الحد حق الله تعالى (ولم يفوض إليه) أي المقذوف ليقيمه على قاذفه (لأن حقوقه تعالى لا يستوفيها إلا الإمام) لاستنابة الله إياه في استيفائها (ولأنه) أي حد القذف (لتهمته) أي القاذف المقذوف (بالزنا وأثر الشيء من بابه) أي باب ذلك الشيء واتباعه، وحد الزنا حق الله اتفاقا (فدار) حد القذف (بين كونه لله تعالى خالصا) كحد الزنا (أو) كونه (له) أي لله تعالى (وللعبد) فلا أقل من أن يقال (فتغلب) حق الله (به) . قال الشارح: أي بحد القذف انتهى، ولا وجه له إلا أن تكون الباء بمعنى في، والأوجه إرجاع الضمير إلى ما ذكر مما يدل على كون حقه تعالى غالبا، وذهب صدر الإسلام إلى أن الغالب فيه حق العبد، وبه قال الأئمة الثلاثة (و) الرابع (ما اجتمعا) أي حق الله وحق العبد فيه (والغالب حق العبد) وهو (القصاص بالاتفاق) فإن لله تعالى في نفس العبد حق الاستعباد، وللعبد حق الاستمتاع،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٢٩١

ثم إن القصاص من حيث أنه ينبئ عن المماثلة يدل على أن رعاية جانب العبد أكثر والأفرعاية إخلاء العالم عن الفساد الذي هو النفع العام الراجع إلى حق الله تعالى كان يقتضي زيادة الزجر بضم أخذ المال ونحوه معه، (وينقسم) متعلق الحكم الشرعي مطلقا (أيضا باعتبار آخر أصل وخلف) أي ينقسم إلى أصل وخلف: فعلم أن الاعتبار الآخر الأصالة والخلفية (لا يثبت) كونه خلفا (إلا بالسمع) نصا أو دلالة أو إشارة أو اقتضاء (صريح، أو غيره) أى غير صريح (فالأصل كالتصديق في الإيمان) فإنه أصل محكم لا يحتمل السقوط بعذر ما، ولا يبقى مع التبديل بحال (والخلف عنه) أي عن التصديق (الإقرار) باللسان لأنه معبر عما في القلب (إذ لم يعلم الأصل يقينا) لأنه غيب لا يطلع عليه إلا الله تعالى تعليل لاعتبار الخلف: أي لا بد منه، إذ لا يمكن إدارة الأحكام على حقيقته لعدم العلم بها، وإليه أشار بقوله (أدير) الحكم (عليه) أي على الخلف (فلو أكره) الكافر على الإسلام (فأقر به حكم بإسلامه) لوجوده ظاهرا، وإن لم يوجد الأصل في نفس الأمر (فرجوعه) عن الإسلام إلى الكفر بحسب اللسان (ردة لكن لا توجب القتل) لأن الإكراه شبهة لإسقاطه (بل) توجب (الحبس والضرب حتى يعود) إلى الإسلام لا يقال ينبغى أن لا يقبل بدون الإكراه أيضا لوجود الشبهة باعتبار عدم العلم بحقيقة الأيمان." (١)

"يؤدي إلى مواليه ما بقي من مكاتبته ولورثته ما بقي، وعن ابن مسعود رضي الله عنه مثل هذا، واختلافهم يوجب اشتباه الولي، والقصاص ينتفي بالشبهة (فإن صحت) علتي (بطل إلحاقك) العبد بالمكاتب (وإلا) أي وإن لم تصح علتي بل صحت علتك، وهي العبدية (منعت حكم الأصل فيقتل الحر به) أي بالمكاتب فلم ينفك الحنفي عن عدم العلة في الفرع على تقدير كونها الجهالة، أو منع الحكم على تقدير أنها الرق فلا يتم القياس على التقديرين (ولا يتأتى) أي لا يصح منع حكم الأصل في الصورتين (إلا من مجتهد) إذ ليس للمقلد مخالفة إمامه (أو من علم عنه) أي المجتهد (مساواتها) أي العلة التي أبداها في مقام الاعتراض لحكم الأصل فينتفى الحكم بانتفائها والمراد مساواتها بحسب التحقق، وذلك لأن منع حكم الأصل من المعارض عند عدم صحة علته مبني على علمه بالتلازم بينهما، والعلم به إما بالاجتهاد أو بالتقليد للمجتهد (والثاني) أي مثال مركب الوصف قول شافعي في عدم صحة تعليق الطلاق قبل النكاح بما هو سبب الملك (في أن تزوجت زينب) وفي بعض النسخ فلانة (فطالق) هذا (تعليق للطلاق قبل النكاح فلا يصح كقوله) أي القائل فلانة (التي أتزوجها طالق) حيث لا يصح حتى إذا تزوجها لا تطلق (فيقول) الحنفي (كونه) القول المذكور (تعليقا منتف في الأصل) أي فلانة التي أتزوجها (بل تنجيزا) للطلاق

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ١٨١/٢

(فإن صح) كونه تنجيزا (بطل إلحاقك) الفرع المذكور بالأصل المذكور (وإلا) أي وإن لم يصح كونه تنجيزا بل كان تعليقا (منعت حكم الأصل) وهو عدم وقوع الطلاق (فتطلق) فلانة في قوله فلانة التي أتزوجها طالق إذا تزوجها فلا يتم القياس على التقديرين، فقد علم بذلك أن الصورتين اشتركتا في أن الأصل فيهما فرع، وفي أن كل واحد من المتخاصمين يعين علة أخرى لحكم الأصل، وفي أن الخصم في كل منهما يمنع أولا علة المستدل ويعين علة أخرى، ثم يقول إن لم تصح عِلتي منعت حكم الأصل غير أنه يمنع في الصورة الأولى علية المستدل، وفي الثانية وجودها، ومنشأ اختلافهما في كيفية المنع أن المذكور للتعليل في الثانية ذو وجهين باعتبار أحدهما يصلح للعلية عند الخصم كتعليق الطلاق قبل النكاح إن كان بدون الإضافة إلى الملك يقتضي عدم وقوعه، وإن كان معه يقتضي وقوعه فيحمله الخصم أولا على الوجه الأول ويمنع وجوده في فلانة التي أتزوجها طالق لأنه تنجيز كما هو المتبادر منه، ثم نقول وإن لم ترض بذلك أيها المستدل وتقول أنه تعليق أمنع الحكم في الأصل وأقول تطلق لأنه مع الإضافة وليس مثل هذين الوجهين في الصورة الأولى فافترقا، والله تعالى أعلم (وهذا) القول المذكور في الجواب عن القياس المذكور حاصل (ما ذكرنا من منعه) أي المعترض (الأمرين) : وجود العلة في الأصل، وحكمه (ولو كان اختلافهما)." (١)

"القصاص علم به أولا: كما لو قتل رجلا يظن أنه قتل وليه ثم جاء وليه حيا (و) مثل (المحتجم) في نهار رمضان (إذا ظنها) أي الحجامة (فطرته) فأفطر بعدها (لا كفارة) عليه: وإنما عليه القضاء (لأن) قوله صلى الله عليه وسلم (أفطر الحاجم والمحجوم) رواه أصحاب السنن وصححه ابن حبان والحاكم (أورث شبهة فيه) أي في وجوب الكفارة بالفطر بعد الحجامة (وهذه الكفارة يغلب فيها معنى العقوبة) على العبادة عندنا (فتنتفي بالشبهة) وهذا يدل على أن العامي إذا اعتمد على الحديث غير عالم بتأويله ونسخه ففعل ما يوجب الكفارة كان ذلك مورثا للشبهة في حقه. كما أن قول المعتمد في الفتوى في البلد يورثها بحيث لو أفطر العامي بقوله لا تلزمه الكفارة، بل الحديث أولى بذلك، وقال أبو يوسف عليه الكفارة إذ ليس للعامي الأخذ بظاهر الحديث لجواز كونه مصروفا عن ظاهره أو منسوخا، بل عليه الرجوع إلى الفقهاء، وإذا لم يستند ظنه إلى دليل شرعي وأفطر يجب عليه الكفارة اتفاقا لأنه حينئذ جهل مجرد، وهو ليس بعذر في دار الإسلام (ومن زنى بجارية والده) أو والدته (أو زوجته) حال كونه (يظن حلها لا يحد) عند الثلاثة، وقال زفر يحد ولا عبرة بظنه الفاسد: كما لو وطئ جارية أخيه وعمه يظن الحل (للاشتباه) لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال، بخلاف الأخ والعم (ولا يثبت نسب) بهذا الوطء وإن ادعاه

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٢٩٢/٣

الواطئ (ولا عدة) أيضا على الموطوءة بهذا الوطء (لما) عرف (في موضعه) إذ لا حق له في المحل، وللعاهر الحجر، ولا عدة عن الزنا، وتسمى هذه شبهة في الفعل يسقط بها الحد على من اشتبه عليه، لا على من لا يشتبه عليه، بخلاف الشبهة في المحل كوطء الأب جارية ابنه، فإنه لا يحد، وإن قال علمت أنها حرام، لأن المؤثر فيه الدليل الشرعي كقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك، ويثبت النسب إذا ادعاه، وتصير أم ولد له. وعند أبي حنيفة شبهة أخرى دارئة للحد، وهي شبهة العقد سواء علم الحرمة أم لا كوطء التي تزوجها بغير شهود (وكذا حربي دخل دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحد) لأنه في موضع الشبهة لحلها في وقت: كذا ذكره الشارح، والوجه لحلها في بعض الأديان لما سيأتي (بخلاف ما إذا زنى) بعد دخوله دارنا وإسلامه (لأن جهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة لأن الزنا حرام في جميع الأديان فلا يكون جهله عذرا، بخلاف الخمر) لعدم حرمة شربها في سائر الأديان (فما في المحيط وغيره: شرط الحد أن لا يظن الزنا حلالا مشكل) فإنه يدل على أن جهله بحرمته وظنه الحل عذر يسقط به الحد عنه، وقد قال المصنف في شرح الهداية ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء (بخلاف الذمي أسلم فشرب الخمر) وقال لم أعلم بحرمتها، وقوله: أسلم صفة للذمي لكونه في معنى النكرة كقوله: ولقد أمر على اللئيم يسبني (يحد لظهور." (١)

"القاعدة السادسة: «الحدود تدرأ بالشبهات» ١ -، وهو حديث رواه الأسيوطي، معزيا إلى ابن عدي من حديث ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما -، وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - «ادفعوا الحدود ما استطعتم» ، وأخرج الترمذي، والحاكم من حديث عائشة - رضي الله تعالى عنها - «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ٢ - فإن وجدتم للمسلمين مخرجا فخلوا سبيلهم، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» ، وأخرج الطبراني عن ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه - موقوفا (ادرءوا الحدود والقتل عن عباد الله ما استطعتم) ، وفي فتح القدير: أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحديث المروي في ذلك متفق عليه، وتلقته الأمة بالقبول.

والشبهة ما يشبه الثابت، وليس بثابت، وأصحابنا - رحمهم الله - قسموها إلى شبهة في الفعل، وتسمى شبهة الاشتباه، وإلى شبهة في المحل؛ فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل، والحرمة فظن غير الدليل دليلا فلا بد من الظن، وإلا فلا شبهة أصلا.

ـــــــ [القاعدة السادسة الحدود تدرأ بالشبهات]

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٢٢٤/٤

قوله: وهو حديث ذكر الضمير الراجع للقاعدة مراعاة للخبر.

(٢) قوله: فإن وجدتم للمسلمين مخرجا فخلوا سبيله، أرجع ضمير الأفراد على الجمع باعتبار واحده.." (١)

"كظنه حل وطء جارية زوجته ٤ - أو أبيه أو أمه أو جده، وإن علا، ووطء المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال، والمختلعة أو أم الولد إذا أعتقها، وهي في العدة،، ووطء العبد جارية مولاه، والمرتهن في حق المرهونة في رواية، ومستعير الرهن كالمرتهن.

ففي هذه المواضع لا حد إذا قال: ظننت أنها تحل لي، ولو قال: علمت أنها حرام علي وجب الحد، ٥ - ولو ادعى أحدهما الظن ٦ - والآخر لم يدع، لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة

٧ - **والشبهة** في المحل في ستة مواضع:

ــــــــقوله: كظنه حل وطء جارية زوجته؛ لأنه وإن كان زنا؛ لعدم الملك، وحق التملك فيها؛ غير أن البسوطة تجري بينهما في الانتفاع بالأموال، والرضى بذلك عادة، وهي تجوز الانتفاع بالمال شرعا، فإذا ظن الوطء من هذا القبيل يعذر؛ لأن وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه الحل، **والاشتباه** في محله معذور فيه.

(٤) قوله: أو أبيه: لو قال أو أصله، وإن علا لكان أولى.

(٥) قوله: ولو ادعى أحدهما الظن، قال في البحر: أطلق في ظن الحل فيشمل ظن الرجل، وظن الجارية فإن ظنا فلا حد، وإن علما الحرمة وجب الحد، وإن ظنه الرجل، وعلمتها الجارية أو العكس فلا حد؛ لأن **الشبهة** إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة كذا في المحيط.

(٦) قوله: والآخر لم يدع: يشمل الشاك، والعالم بالحرمة

(٧) قوله: **والشبهة** في المحل في ستة مواضع: قيل عليه: المذكور في الكتب خمسة، وقد عدوا الجارية الممهورة من أفراد **الشبهة** في المحل في غيره من كتب الفقه فالظاهر أنه سقط من قلم الناسخ (انتهى) .

أقول: هذا على ما في نسخه، وأما على ما هو ثابت في أكثر النسخ فلا سقط.." (٢)

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ١/٣٧٩

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ١/٣٨٠

"ولو تكرر الوطء **بشبهة**، واحدة، فإن كانت **شبهة** ملك لم يجب إلا مهر واحد؛ لأن الثاني صادف ملكه، وإن كانت **شبهة** **اشتباه**، وجب لكل وطء مهر؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير، فالأول كوطء جارية ابنه أو مكاتبه، والمنكوحة فاسدا، ومن الثاني كوطء أحد الشريكين الجارية المشتركة.

لو وطئ مكاتبة مشتركة مرارا اتحد في نصيبه لها، وتعدد في نصيب شريكه، والكل لها ١١ – ولا يتعدد في الجارية المستحقة، كذا في الظهيرية.

١٢ – ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد، والقيمة لاختلافهما،

١٣ – ولو زنى بحرة فقتلها وجب الحد مع الدية.

ولو زنى بكبيرة

ـــــــQذكروا فرعا مستثنى من القاعدة، والاستثناء فيه متصل، وهو ما إذا أفاض القارن قبل الإمام من عرفة، وجاوز حدودها فإن عليه دما واحدا مع كونه قارنا

(١٠) قوله: ولو تكرر الوطء **بشبهة** واحدة، ولو وطئ مكاتبة مشتركة مرارا اتحد في نصفه إلخ: أي عليه في نصفه نصف مهر، وعليه في نصف شريكه بكل وطء نصف مهر (١١) قوله: ولا يتعدد في الجارية المستحقة.

أقول: لأن وطأه كان على ظن الملك كما لو وطئ منكوحته مرارا ثم بان أنه حلف بطلاقها، يلزمه مهر واحد فكذا هنا، وهذا مما خرج عن القاعدة

لا عبرة بالظن البين خطؤه

(١٢) قوله: ومن زنى بأمة فقتلها إلخ: أي بفعل الزنا لزمه الحد، والقيمة؛ لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها: الحد بالزنا، والقيمة بالقتل، ولا يتداخلان؛ لأنهما حقان مختلفان وجبا بجنايتين مختلفتين، أحدهما بالزنا، والآخر بإتلاف النفس، وعن أبي يوسف أنه لا يحد.

(١٣) قوله: ولو زنى بحرة فقتلها، وجب الحد مع الدية، يعني قتلها بفعل الزنا، وجوب الحد مع الدية هنا بالإجماع؛ لأن الحرة لا تملك بضمان.." (١)

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣٩٥/١

"الشبهة وأنه يصلح عذرا وشبهة، كالمحتجم إذا أفطر على ظن أنها فطرته، وكمن زنى بجارية والده أو زوجته ٤٨ - على ظن أنها تحل له

١ - والثالث: الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر ٢ - وإنه يكون عذرا

ـــــــمخالفا للكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه يصلح عذرا كالمحجم أفطر على ظن أن الحجامة مفطرة لا تلزمه الكفارة؛ لأن جهله في موضع الاجتهاد الصحيح، فإن الحجامة تفسد الصوم عند الإمام الأوزاعي لقوله - عليه الصلاة والسلام - «أفطر الحاجم والمحجوم» وهذا إذا كان ظنه مبنيا على فتوى مفت أو سماع حديث أما إذا كان غير مبني على أحدهما يلزمه القضاء والكفارة بالاتفاق بخلاف المغتاب لو أفطر على ظن أن الغيبة فطرته لقوله - عليه السلام - «الغيبة تفطر الصائم» ؛ لأنه مؤول بالإجماع فلا يكون جهله في موضع الاجتهاد الصحيح.

(٤٨) قوله: على ظن أنها تحل له فإن الحد لا يجب عليه عندنا خلافا لزفر؛ لأن الأملاك متصلة بين الآباء والأبناء والزوجين، والمنافع دائرة؛ ولهذا لا نقبل شهادة أحدهما للآخر فيكون محلا للاشتباه فيصير الجهل شبهة فتصلح دارئة للحد ويسمى هذا شبهة الاشتباه فلا يثبت بها النسب، وإن ادعى ولدها، ولا تجب العدة بخلاف ما إذا وطئ الأب جارية ابنه حيث يثبت النسب إذا ادعى ولدها وإن قال علمت أنها علي حرام؛ لأن الشبهة نشأت فيه عن الدليل وهو قوله - عليه الصلاة والسلام - «أنت ومالك لأبيك» وشبهة الدليل أقوى من شبهة الاشتباه

(١) قوله: والثالث الجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر.

أي الجهل بالشرائع من مسلم أسلم فيها.

(٢) قوله: وإنه يكون عذرا.

حتى لو مكث فيها ولم يعلم أن عليه الصلاة والزكاة وغيرهما ولم يؤدها لا يلزم عليه قضاؤها خلافا لزفر لخفاء الدليل في حقه، وهو الخطاب لعدم بلوغه إليه حقيقة بالسماع وتقديرا بالشهرة فيصير جهله عذرا بخلاف الذمي إذا أسلم في دار الإسلام لشيوع الأحكام والتمكن من السؤال.." (١)

"ولا يصلي إلا بقناع

١١ - ويقوم أمام النساء خلف الرجال، وإن وقف في صف النساء أعادها وإن وقف في صف الرجال لا

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣٠٠/٣

يعيدها ويعيدها من عن يمينه ويساره وخلفه محاذيا له

١٢ - ويوضع في الجنازة خلف الرجال والمرأة خلفه،

ــــــــقوله: ولا يصلي إلا بقناع. أي يستحب أن يتقنع للصلاة لأنه أقرب للستر ولأنه إن كان رجلا فالقناع لا يمنع الجواز وإن كان أنثى فإنها تؤمر بالتقنع في صلاتها إذا كانت مراهقة فعند **الاشتباه** ترجح هذا الجانب. كذا في المبسوط فعلم بهذا أن الاستحباب إذا كان مراهقا ولهذا لو صلى بغير قناع أجزأه ولم يؤمر بالإعادة، وأما إذا كان بالغا بأن بلغ بالسن ولم يظهر شيء من علامات الرجال أو النساء لا تجزيه الصلاة بغير قناع؛ لأن الرأس من الحرة البالغة عورة والصلاة متى جازت من وجه وفسدت من وجه حكم بالفساد احتياطا ولهذا لو صلى بغير قناع تجب الإعادة كذا في المبسوط والذخيرة.

(١١) قوله: ويقوم أمام النساء إلخ. يعني إذا صلى خلف الإمام يتقدم على صف النساء ويتأخر عن صف الرجال والصبيان فلا يتخلل الرجال كي لا تفسد الصلاة عليهم لاحتمال أنه امرأة، ولا يتخلل النساء كي لا تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل، وإن قام في صف النساء فصلى يعيد صلاته على وجه الاستحباب لاحتمال أنه رجل. نص عليه في الهداية، وإنما قال باستحباب الإعادة دون الوجوب مع أن فيها جهة الفساد، وفي العبادات جهة الفساد راجحة لأن المسقط وهو أداء الصلاة معلوم والمفسد وهو المحاذاة موهوم، إذ فساد الصلاة بجهة المحاذاة مختلف فيه وفي كونه رجلا أيضا **شبهة** فصار بمنزلة **شبهة** **الشبهة** فلذلك قال بالاستحباب دون الوجوب أشار إليه في المبسوط.

(١٢) قوله: ويوضع في الجنازة خلف الرجال إلخ. يعني إذا اجتمعت الجنائز يجعل الرجال مما يلي الإمام والصبيان بعده والخناثى بعده مما يلي القبلة أقول في شرح جامع الصغير للتمرتاشي ما يخالفه فإنه قال: فإن قام الخنثى في صف النساء تجب عليه الإعادة لاحتمال أنه ذكر وكذا لو قام في صف الرجال تجب الإعادة على من." (١)

"١١ - الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان

١٢ - وفي النكاح كذلك، لكن قالوا: نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ فلا حد، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد، وفي جامع الفصولين: نكاح المحارم؛ قيل باطل وسقط الحد **لشبهة** **الاشتباه**،

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/٣٧٤

وقيل فاسد وسقط الحد لشبهة العقد (انتهى) . وأما في البيع، فمتباينان فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض، وحكم الثاني أنه يملك به. وأما في الإجارة فمتباينان؛ قالوا لا يجب الأجر في الباطلة، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام

ــــــQيقال البيع أقسام صحيح وفاسد وباطل ومكروه والصحيح نافذ وموقوف ولازم وغير لازم.

(١١) قوله: الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان. أقول في شرح النقاية للعلامة القهستاني أن الباطل ما انتفى ركنه أو شرطه سواء كان من قبيل العبادة أو المعاملة كصلاة بلا وضوء ونكاح بلا شهود وكثيرا ما يطلق الفاسد عليه وبالعكس والفاسد لغة الذاهب الرونق وشرعا ما وجد أركانه وشروطه دون أوصافه الخارجية المعتبرة شرعا كبيع خمر وصلاة بلا فاتحة (انتهى) . وقد علم منه أن الباطل والفاسد في العبادات غير مترادفين وهو غير غريب.

(١٢) قوله: وفي النكاح كذلك. يعني أن الباطل والفاسد في باب النكاح مترادفان لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي وإنما يثبت ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد فلا يثبت الملك، فإن قلت: فإذا كان باطلا كيف ترتب عليه الأحكام كثبوت النسب ووجوب العدة وسقوط الحد وغيرها.؟ قلت لتحقق شبهة العقد فإن هذه الأحكام مما تثبت بالشبهات كذا في حواشي فصول البدائع.." (١)

"وفي النكاح الفاسد.

١٠ - ويتعدد بوطء الابن جارية أبيه أو الزوج جارية امرأته، وأفتى والد الصدر الشهيد بالتعدد في الجارية المشتركة. وتمامه في شرحنا على الكنز

تنبيه:

١١ - يجب مهران فيما إذا زنى بامرأة ثم تزوجها وهو مخالط لها، مهر المثل بالأول، والمسمى بالعقد.

١٢ - ومهران ونصف فيما لو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق

ــــــQقوله: وفي النكاح الفاسد. عطف على قوله في النكاح أي ولا يتعدد في النكاح الفاسد. قال المصنف في البحر عند قوله في النكاح إنما يجب مهر المثل بالوطء وأفاد المصنف بإطلاقه أنه لا يجب

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/٤٣٩

بالجماع فيه، ولو تكرر إلا مهر واحد ولا يتكرر المهر إلا بتكرر بالوطء والأصل أن بالوطء متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا لم يجب إلا مهر واحد؛ لأن بالوطء الثاني صادف ملكه كالوطء الفاسد وكما لو وطئ جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو وطيء منكوحته ثم بان أنه حلف بطلاقها.

(١٠) قوله: ويتعدد بوطء الابن جارية أبيه. قال المصنف في البحر ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مرارا فإنه يجب بكل وطء مهر على حدة؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير كوطء الابن جارية أبيه أو جارية أمه أو جارية امرأته وقد ادعى الشبهة فعليه لكل وطء مهر ومنه وطء الجارية المشتركة مرارا فعليه لكل وطء نصف مهر، ولو وطئ مكاتبته بينه وبين غيره فعليه في نصفه نصف مهر واحد وعليه في نصف شريكه لكل وطء نصف مهر وذلك كله للمكاتبة

[تنبيه زنى بامرأة ثم تزوجها وهو مخالط لها]

(١١) قوله: يجب مهران فيما إذا زنى بامرأة إلخ. وجه ذلك أن أول الفعل كان حراما. إلا أن الفعل في حق قضاء الشهوة إذا تعدد كفعل واحد فإذا صار حلالا في آخره لا يجب الحد بأوله فصار آخر الفعل شبهة في أوله والفعل الحرام لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فإذا انتفى العقوبة بقيت الغرامة فيجب مهر المثل ويجب المسمى بالعقد؛ لأن المسمى تأكد بالخلوة فبإتمام المهر أولى.

(١٢) قوله: ومهران ونصف. أقول مهر بالطلاق قبل الدخول فإذا دخل بها." (١)

"كتاب السير أي رجل أمن ألفا فقتل ولم يقتلوا؟ فقل حربي طلب الأمان لألف ألف فعدها ولم يعد نفسه

أي مرتد لا يقتل؟

١ - فقل من كان إسلامه تبعا

٢ - أو فيه شبهة

٣ - أي حصن لا يجوز قتل أهله ولا أمان لهم؟

٤ - فقل إذا كان فيهم ذمي لا يعرف فلو خرج البعض حل قتل الباقي

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣٩/٤

أي رضيع يحكم بإسلامه بلا تبعية؟ فقل لقيط في دار الإسلام.

ـــــــQ [كتاب السير]

قوله: فقل من كان إسلامه تبعا. قال في المحيط كل من حكم بإسلامه تبعا إذا بلغ كافرا يجبر على إسلامه ولا يقتل استحسانا كذا في الذخائر.

(٢) قوله: أو فيه شبهة أي إلخ. في إسلامه وصورة ذلك رضيع مسلم ماتت أمه فأعطاه أبوه ليهودية ترضعه مع ابن لها وماتت اليهودية واشتبه الحال أيهما ولد المسلم ولم يحصل التميز بوجه وبلغا على اليهودية فابن المسلم مسلم تبعا وقد ارتد ولا يلزم واحد منهما بالإسلام للاشتباه وأحدهما مرتد ولا يلزم بالإسلام لعدم تعينه فلا يقتل

(٣) قوله: أي حصن لا يجوز قتله كذا بخط المصنف وهو من قبيل مجاز الحذف على حد قوله تعالى ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف: ٨٢] وعبارة الذخائر: إن قيل أي حصن فيه جماعة من الكفار وافتتحه المسلمون عنوة ولم يؤمنوا من فيه ومع هذا لا يحل لهم قتلهم.

(٤) قوله: فقل إذا كان فيهم ذمي لا يعرف. يعني لا يجوز قتلهم لقيام المانع بيقين." [١]

"خصها العرف العام بذات الحوافر وأهل العراق بالفرس فاستعماله في العام حقيقة لغوية مجاز شرعي أو عرفي.

وفي الخاص بالعكس ويمتنع كونه حقيقة ومجازا باعتبار واحد للتنافي بين الوضع ابتداء وثانيا إذ لا يصدق أن اللفظ المستعمل في معنى موضوع له ابتداء وثانيا (والأمران) أي الحقيقة والمجاز (منتفيان) عن اللفظ (قبل الاستعمال) لأنه مأخوذ في حدهما فإذا انتفى انتفيا (ثم هو) أي اللفظ (محمول على عرف المخاطب) بكسر الطاء الشارع أو أهل العرف أو اللغة (ففي) خطاب (الشرع) المحمول عليه المعنى (الشرعي لأنه عرفه) أي لأن الشرعي عرف الشرع لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث لبيان الشرعيات (ثم) إذا لم يكن معنى شرعي أو كان وصرف عنه صارف فالمحمول عليه المعنى (العرفي العام) أي الذي يتعارفه جميع الناس بأن يكون متعارفا زمن الخطاب

ـــــــQقال وهذا بحث يشتبه على كثير من المحصلين حتى يتوهمون أنه مجاز باعتبار ذكر العام وأراد الخاص ويعترضون أيضا بأنه لا دلالة للعام على الخاص بوجه من الوجوه ومنشؤه عدم التفرقة بين ما يقصد

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ١٩١/٤

باللفظ من الإطلاق والاستعمال وبين ما يقع عليه باعتبار الخارج اهـ.

قال ابن كمال باشا في حاشية التلويح وفيه بحث وهو أنك إذا قلت رأيت إنسانا تريد بالإنسان ما تعلق به رؤيتك ومتعلق الرؤية هو الفرد الموجود في الخارج فإن المفهوم الكلي غير قابل لأن تتعلق به الرؤية فلفظ إنسان أو رجل في المثال المذكور مستعمل في غير ما وضع له بلا **شبهة** بقي هاهنا موضع بحث آخر وهو أن زيدا إذا اعتبر لا بخصوصه لا يصح عند سلب الإنسان لا لغة ولا بحسب نفس الأمر فلا يكون مجازا بلا **اشتباه**.

وأما إذا اعتبر بخصوصه فيصح حينئذ سلبه عنه لغة ولكن لا يصح سلبه عنه بحسب نفس الأمر فينبغي أن لا يكون مجازا أيضا لأن من خصائصه صحة السلب لا بحسب اللغة فقط بل بحسب نفس الأمر أيضا على ما حققه القاضي عضد الدين في شرح المختصر وموجب هذا التحقيق أن لا يكون ذكر العام وإرادة الخاص من قبيل المجاز والمشهور خلاف ذلك اهـ. وهي فائدة نفيسة فاحفظها.

(قوله: خصها العرف العام إلخ) تفسيره للعام بقوله بعد أي الذي يتعارفه جميع الناس ينافي العام هنا إذ لم يرد به ذلك لخروج أهل العراق عنهم وكأنهم أرادوا به هنا ما يتعارفه غالب الناس لمقابلته بعرف أولئك أو إن عرف أولئك حدث بعد اتفاق الجميع على العرف العام اهـ. زكريا

(قوله: بين الوضع ابتداء) الذي هو مقتضى الحقيقة وقوله وثانيا أي الذي هو مقتضى المجاز قال الناصر وكان على الشارح أن يزيد باعتبار واحد لأنه الممنوع وأجاب سم بأن ذكره في المعلل يغني عن ذكره في العلة.

(قوله: لأنه) أي الاستعمال.

(قوله: أو اللغة) عطف على العرف فأهل مسلط عليه.

(قوله: لأن النبي – صلى الله عليه وسلم –) إشارة إلى أن المراد بالشرع الشارع مجازا ويحتمل أنه باق على معناه والإضافة لأدنى ملابسة.

(قوله: العرفي العام) قيد بالعام لأنه لا معنى لحمل كلام الشارع على عرف خاص فلذلك اقتصر المصنف على الاحتمالات الثلاثة دونه.

(قوله: أي الذي يتعارفه) تفسير للعرفي العام وقوله بأن يكون إلخ بيان لسبب التعارف وتحقيق للعموم وأورد أنه إن." (١)

---

(١) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع حسن العطار ١/٤٢٨

"أي قرب من موافقته، ولم يوافقه (ورده الأكثر) من العلماء (مطلقا) لعدم ما يدل على اعتباره (و رده (قوم في العبادات) ؛ لأنه لا نظر فيها للمصلحة بخلاف غيرها كالبيع والحد (وليس منه مصلحة ضرورية كلية قطعية؛ لأنها مما دل الدليل على اعتبارها فهي حق قطعا واشترطها الغزالي للقطع بالقول به لا لأصل القول به)

ــــــــــQأي الإنكار بالنظر للقاعدة الأصولية في قبول المرسل؛ لأن أكثر الأصوليين على عدم قبوله، وإلا فالمجتهد لا ينكر عليه في فرع من الفروع (قوله: أي قرب من موافقته) أي من جهة أن كلا منهما اعتبر المصالح المرسلة؛ لأن إمام الحرمين قيد ما اعتبره منها بكونها مشبهة لما علم اعتباره شرعا ومالك لم يقيد به (قوله:، ولم يوافقه) يفهم منه أن كاد تدل على أن خبرها منفي إذا كانت مثبتة، وهو قول مشتهر بين النحاة، وإن كان التحقيق عند جماعة أنها لا تدل على نفيه، ولا إثباته قاله الناصر ومنعه سم بأن قوله، ولم يوافقه كما يحتمل أن يكون لبيان أن هذا النفي من جملة مدلولها يحتمل أن يكون زائدا عليه قصد به بيان الواقع هنا، ولا نسلم رجحان الاحتمال الأول على الثاني.

(قوله: وليس منه) أي المرسل (قوله: ضرورية) أي دعت إليها الضرورة بأن تكون واحدة من الخمسة التي هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال، والمراد بكونها قطعية أن يكون الجزم بوجودها حاصلا وبالكلية أن لا تكون مخصوصة ببعض المسلمين دون بعض (قوله:؛ لأنها مما دل) أي من مناسب دل الدليل على اعتباره وذلك الدليل هو أن حفظ الكلي أهم في نظر الشرع من حفظ الجزئي (قوله: واشترطها) أي المصلحة المذكورة الغزالي قال في المنخول فإن قيل: لو وقعت حادثة لم يعهد مثلها في عصر الأولين ونسخت مصلحة لا يردها أصل، ولكنها حديثة فهل تتبعونها، قلنا: نعم ولذلك نقول لو فرضنا انقلاب أموال العالم بجملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة واشتباه الغصوب بغيرها وعسر الوصول إلى الحلال المحض، وقد وقع فنبيح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال؛ لأن تحريم التناول يفضي إلى الهلاك وتخصيصه بمقدار سد الرمق يكف الناس عن معاملاتهم الدينية والدنيوية ويتداعى ذلك إلى فساد الدنيا وخراب العالم فلا يتفرغون وهم على حالتهم مشرفون على الموت إلى صناعتهم وأشغالهم، والشرع لا يرضى بمثله فنبيح لكل غني من ماله مقدار كفايته من غير سرف ولا اقتصار على سد الرمق ونبيح لكل مقتر في مال من فضل منه هذا القدر مثله ويشهد لهذا قاعدة، وهو أن الشخص الواحد إذا اضطر إلى طعام غيره أو إلى ميتة يباح له مقدار الاستقلال محافظة على الروح فالمحافظة على الأرواح أولى وأحق وكذلك نقول في المستظهر بشوكته المستولي على الناس المطاع فيما بينهم، وقد سفر الزمان عن مستجمع

لشرائط الإمامة يتعذر أمره؛ لأن ذلك يجري فسادا عظيما لو لم نقل به اهـ.

أقول قول الغزالي، وقد وقع هذا حصل في عصره وأما العصر الذي نحن فيه الآن." (١)

"(وصريح التزكية على الحكم بشهادته والعمل بروايته) ، فيقدم خبر من صرح بتزكيته على خبر من حكم بشهادته وخبر من عمل بروايته في الجملة؛ لأن الحكم والعمل قد يبنيان على الظاهر من غير تزكية.

(وحفظ المروي) فيقدم مروي الحافظ له على مروي من لم يحفظه لاعتناء الأول لمرويه.

(وذكر السبب) فيقدم الخبر المشتمل على السبب على ما لم يشتمل عليه لاهتمام راوي الأول به.

(والتعويل على الحفظ دون الكتابة) فيقدم خبر المعول على الحفظ فيما يرويه على خبر المعول على الكتابة لاحتمال أن يزاد في كتابه أو ينقص منه، واحتمال النسيان **والاشتباه** في الحافظ كالعدم.

(وظهور طريق روايته) كالسماع بالنسبة إلى الإجازة، فيقدم المسموع على المجاز، وقد تقدم ذكر طرق الرواية ومراتبها آخر الكتاب الثاني.

(وسماعه من غير حجاب) فيقدم المسموع من غير حجاب على المسموع من وراء حجاب لأمن الأول من تطرق الخلل في الثاني.

(وكونه من أكابر الصحابة) فيقدم خبر أحدهم على خبر غيره لشدة ديانتهم، وقد كان علي – رضي الله عنه – يحلف الرواة ويقبل رواية الصديق من غير تحليف.

(و) كونه (ذكرا) فيقدم خبر الذكر على خبر الأنثى؛ لأنه أضبط منها في الجملة (خلافا) للأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني قال وأضبطية جنس الذكر إنما تراعى حيث ظهرت في الآحاد

ـــــــ والأصح لا ترجيح بها) قال الزركشي الأقوى أنه يرجح بها؛ لأن من ليس مشهور النسب قد يشاركه ضعيف في الاسم اهـ. زكريا.

---

(١) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع حسن العطار ٣٢٩/٢

(قوله: وصريح التزكية برفع صريح عطفا على محل الجار والمجرور في قوله بعلو الإسناد أي ويرجح صريح تزكية الراوي على الحكم بشهادته والعمل بروايته اهـ. كمال.

قال سم وقوله على محل الجار والمجرور هذا يدل على أن الجار والمجرور نائب الفاعل وهو مبني على أن الذي في محل الرفع مجموع الجار والمجرور لا المجرور فقط مع أنه الأظهر عندهم كما تقرر في النحو اهـ.

(قوله: في الجملة) أي حكم بشهادته وعمل بروايته من غير وقوف منا على تفصيل الأمر هل كان ذلك بعد تزكية أو لا اهـ.

(قوله: على مروي من لم يحفظه) كأن يروي عن كتاب أو تلقين الغير له، وقال الكمال في تصويرها كأن يرويا خبرا تشتمل رواية أحدهما له على زيادة لم يحفظها الآخر فيقدم مرويه المشتمل على تلك الزيادة على مروي الآخر الذي سقطت فيه قال وهذا الترجيح بحسب حال الراوي من جهة حفظه لما لم يحفظه غيره، ويصح كونه ترجيحا بحسب المروي من حيث اشتماله على زيادة حفظها رواية اهـ.

ولا يخفى أن هذا التصوير بعيد عن العبارة (قوله: لاعتناء الأول إلخ) ولأن الحفظ أبعد عن **الشبهة**.

(قوله: وذكر السبب المراد به ما لأجله ذكر المتن لا علة الحكم ثم إن محل هذا في الخبرين الخاصين بقرينة قوله بعد وما كان عموما مطلقا على ذي السبب. (قوله: لاهتمام راوي الأول به) أي دون الثاني فإنه يحتمل أن له سببا ولم يذكره فقد فرط وإن احتمل أن لا سبب له.

(قوله: أضبط منها في الجملة) قال سم وظاهره تقديم خبر الذكر حتى على خبر الأنثى التي علمت أضبطيتها منه، وفيه نظر ولا يبعد تخصيص هذا بما إذا جهل الحال أما لو علمت أضبطية تلك الأنثى فيقدم خبرها واعلم أن قول المصنف هنا وذكرا وقوله الآتي " وصاحب الواقعة " متعارضان في تقديم الذكر على الأنثى صاحبة الواقعة إذ بينهما عموم وخصوص من وجه، فالأول خاص بتقديم الذكر على الأنثى صاحبة الواقعة أولا.

والثاني خاص بكون المقدم صاحب الواقعة عام في كونه ذكرا أو أنثى فإن خص عموم كل منهما بخصوص الآخر تعارضا في الأنثى صاحبة الواقعة إذ قضيته تخصيص عموم الأول بخصوص الثاني تقديمها على الذكر، وقضية تخصيص عموم الثاني بخصوص الأول تقديم الذكر عليها وقضية تمثيلهم الآتي بخبر ميمونة،

وعمل الفقهاء بمقتضاه دون خبر ابن عباس أن المعتمد عندهم تقديم خبر الأنثى إذا كانت صاحبة الواقعة على الذكر فليتأمل اهـ.

وحينئذ فمحل تقديم الذكر على الأنثى إن لم تكن صاحبة الواقعة أخذا مما بعده (قوله: خلافا للأستاذ) صوبه الزركشي ونقله عنه العراقي وأقره اهـ. زكريا.

(قوله: وأضبطية جنس الذكر)." (١)

"وثيابهم، فهو يغاير السارق من جهة أنه لا يأخذ مملوكا من حرز، ولذا سمي باسم خاص به، فهل يصدق عليه لفظ السارق فتقطع يده، أو لا يصدق فيعاقب تعزيزا؟!

وقد ثبت للشافعي وأبي يوسف أنه سارق فتقطع يده، وثبت لسائر أئمة الحنفية أنه غير سارق فيعاقب تعزيزا بما يردعه ولا تقطع يده، لأن أخذه مالا غير مرغوب فيه ولا مملوك لأحد، ومن غير حرز، شبهة يسقط الحد.

وكذا لفظ القاتل في حديث ((لا يرث القاتل)) ، هل يتناول القاتل خطأ أو بالتسبب أو لا يتناوله؟ والبائع إذا أخذ من المشتري نقودا على أن يأخذ منها ثمن البيع ويرد الباقي فاختفى، هل يصدق عليه أنه سارق أو خائن الأمانة؟ وكذا كل لفظ دل دلالة ظاهرة على معناه ولكن وجد خفاء واشتباه في انطباق معناه على بعض الأفراد يعتبر اللفظ خفيا بالنسبة إلى الأفراد.

وأمثلة هذا في القوانين الشرعية والوضعية كثيرة، ومن أظهرها بعض الجرائم التي يشتبه في أنها جناية أو جنحة، أي في انطباق أحد اللفظين عليها.

والطريق لإزالة هذا الخفاء هو بحث المجتهد وتأمله. فإن رأى اللفظ يتناول هذا الفرد ولو بطريق الدلالة جعله من مدلولاته فأخذ حكمه، وإن رأى اللفظ لا يتناوله بأي طريق من طرق الدلالة لم يجعله من مدلولاته فلا يأخذ حكمه، وهذا مما تختلف فيه أنظار المجتهدين. ولذلك جعل بعضهم النباش سارقا ولم يجعله آخرون، ومرجعهم في اجتهادهم لإزالة هذا الخفاء هو علة الحكم، وحكمته، وما ورد في هذا الشأن من النصوص، فقد تكون العلة أكثر توافرا في هذا الفرد، وربما لا تكون متحققة فيه، وقد يدل على حكمه نص آخر يتناوله بوضوح.

٢- المشكل:

المراد بالمشكل في اصطلاح الأصوليين: اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، بل لابد من قرينة

---

(١) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع حسن العطار ٢/٤٠٧

خارجية تبين ما يراد منه، وهذه القرينة في متناول البحث.

فسبب الخفاء في الخفي ليس من نفس اللفظ، ولكن من اشتباه في انطباق." (١)

"١ - منها: أنه إذا جامع في يومين من رمضان (١) واحد: يلزمه كفارتان (أ) عندنا لتماثل السببين (٢). وعندهم: لا يلزمه سوى كفارة واحدة، لتعذر الإلحاق على ما سبق (٣) (ب).

٢ - ومنها: أن المنفرد برؤية الهلال ذا رد الحاكم شهادته (ج) يلزمه الكفارة، إذا جامع في ذلك اليوم عندنا، كما إذا قبل القاضي شهادته (٤). وعندهم: لا يلزمه (د)، لما ذكرناه من سد باب الإلحاق (٥).

٣ - ومنها: إن من تعمد استدامة الجماع حتى طلع عليه الفجر، ولم ينزع

---

(١) في "ز" (من نهار رمضان).

(٢) راجع في هذا: "المهذب" للشيرازي مع "المجموع" للنووي. (٦/ ٣٨٤ - ٣٨٥).

(٣) انظر ابن الهمام في "فتح القدير": (٢/ ٦٩).

(٤) راجع "المجموع": (٦/ ٣١٠) مع "المهذب" للشيرازي.

(٥) انظر "الهداية مع شرح العناية وفتح القدير" (٢/ ٥٨).

....

(أ) سواء كفر عن الأولى أو لم يكفر. وهو قول مالك – رحمه الله – أيضا (فتح العزيز مع المجموع ٦/ ٤٥٠) وأحد الوجهين في مذهب أحمد – رحمه الله- (المغني ٣/ ١٣٢) (ووجه ذلك عندهم، أن صوم كل يوم عبادة برأسها، فلا تتداخل كفارتاهما كالحجتين إذا جامع فيهما (فتح العزيز ٦/ ٤٥٠).

(ب) وذلك لأن الكفارتين تتداخلان عندهم (انظر: طريق الخلاف ص ٧٦، وإيثار الإنصاف ص٨٩، والأشباه والنظائر، لابن السبكي ٢/ ١٧٥).

ورأي الحنفية هذا هو أحد وجهين في مذهب أحمد، واختيار طائفة من علماء السلف، (المغني ٣/ ١٣٢). ووجه القول عندهم بالتداخل، إن الكفارة جزاء جناية تكرر سببها قبل استيفائها فيجب أن تتداخل كالجد.

(ج) انظر تأسيس النظر ص ١٤٨، وقد أدخل ذلك في أصل: (إن صورة المبيح إذا وجدت منعت وجود ما يندريء بالشبهات).

(د) انظر: إيثار الإنصاف ص ٨٣، وطريقة الخلاف ص ٧٥. وقد علل لك بتمكن شبهة الرمضانية، قياسا

---

(١) علم أصول الفقه ط مكتبة الدعوة عبد الوهاب خلاف ص/١٧١

على يوم الشك، إذا أفطر. وفي تبيين الحقائق ذكر أنه حينما رد الإمام شهادته صار مكذبا شرعا، ولأنه يحتمل الاشتباه عنده. وعلى هذا فالحنفية يسقطون الكفارة للشبهة (١/ ٣١٩). والقاعدة في ذلك ما أوردناها في الهامش السابق عن أبي زيد الدبوسي.." [١]

"أربعة أقوال:

أحدها: التحريم مطلقا. قطع به شرف الإسلام عبد الوهاب بن أبي الفرج في كتابه: المنتخب (١). قبيل باب الصيد. وعلل القاضي وجوب الهجرة من دار الحرب بتحريم الكسب عليه هناك. لاختلاط الموال لأخذهم المال من غير جهته، ووضعه في غير حقه.

وقال الأزجي في نهايته (٢). هذا قياس المذهب، كما قلنا في اشتباه الأواني الطاهرة بالنجسة. وقدمه أبو الخطاب في انتصاره (٣).

وقال ابن عقيل في فنونه- في مسألة اشتباه الأواني - وقد قال الإمام أحمد: لا يعجبني أن يأكل منه، وسأل المروذي أبا عبد الله عن الذي يعامل بالربا يؤكل عنده؟ قال: لا. قد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله، وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بالوقوف عند الشبهة.

والقول الثاني: إن زاد الحرام على الثلث حرم الكل. وألا فلا قدمه في

(١) = في المغني ٤/ ٢٩٧ وما بعدها.

() هو: أبو القاسم، وقيل أبو البركات عبد الوهاب بن عبد الواحد بن محمد الشيرازي، ثم الدمشقي المعروف بابن الحنبلي، والملقب بشرف الإسلام. فقيه وواعظ ومفسر، كان شيخ الحنابلة في الشام في زمانه توفى سنة ٥٣٦هـ.

من مؤلفاته: المنتخب في الفقه، والمفردات، والبرهان في أصول الدين، ورسالة في الرد على الأشعري.

راجع في ترجمته: الذيل على طبقات الحنابلة ٣/ ١٩٨، وشذرات الذهب ٤/ ١١٣.

(٢) هو: يحيى بن يحيى الأزجي. من علماء الحنابلة، عرف بكتابه (نهاية المطلب في علم المذهب) وهو كتاب قال عنه ابن رجب: كبير جدا وعباراته جزلة، حذا فيه حذو كتاب نهاية المطلب لإمام الحرمين، وأكثر استمداده من كلام ابن عقيل. ومما ذكره ابن رجب عن هذا الكتاب أن فيه تهافتا، وأن مؤلفه لم يتصور كثيرا من الفروع، وأن المظنون أن علمه كان مستمدا من المطالعة، لا من التحقيق، لم يذكر تاريخ

(١) التخريج عند الفقهاء والأصوليين يعقوب الباحسين ص/١٤٣

لوفاته. لن ابن رجب يغلب على الظن أنه توفي بعد السـتمائة بقليل.

راجع في ترجمته: ذيل طبقات الحنابلة ٢/ ١٢١.

(٣) هو: كتاب (الانتصار في المسائل الكبار) ويسمى الخلاف الكبير، في مقابلة كتابه الآخر (الخلاف الصغير) والمسمى برؤوس المسائل. (المنهج الحمد ٢/ ٢٣٤).." (١)

"الشبق شدة هيجان الشهوة

الشبه بالكسر وتفتح المثل والنظر وهو عند الأصوليين من مسالك إثبات العلية وعرفوه بأنه هو الذي لا تثبت مناسبته إلا بدليل متصل

الشبر ما بين طرف الإبهام وطرف الخنصر ممتدين وقدروه باثني عشر إصبعا

الشبهة هو ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت في نفس الأمر قال السيد هو ما لم يتيقن كونه حراما أو حلالا

شبهة العقد هو ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة كما إذا تزوج امرأة بلا شهود أو مجوسية أو خمسا في عقد أو تزوج بمحارمه أو جمع بين الأختين

شبهة الفعل أي الشبهة في الفعل هو الوطء تشتبه عليه حرمته لا في محله وهي الموطوءة وتسمى شبهة الاشتباه كوطء أمة أبويه ومعتدة الثلث وأمه امرأة وأمه سيده ووطء المرتهن الأمة المرهونة ومعتدة الطلاق على مال

شبهة الملك أي المحل وتسمى شبهة حكيمة كوطء ووطء أحد الشريكين ووطء أجنبية ظنا أنها امرأته." (٢)

"معناه، كما يقول ذلك من يقوله من المتأخرين، وهذا القول يجب القطع بأنه خطأ" (١) .

وقال أيضا: "والدليل على ما قلناه إجماع السلف؛ فإنهم فسروا جميع القرآن.....وكلام أهل التفسير من الصحابة والتابعين شامل لجميع القرآن، إلا ما قد يشكل على بعضهم فيقف فيه، لا لأن أحدا من الناس لا يعلمه، لكن لأنه هو لا يعلمه.

أيضا فإن الله قد أمر بتدبر القرآن مطلقا، ولم يستثن منه شيئا لا يتدبر، ولا قال: لا تدبروا المتشابه....

ولأن من العظيم أن يقال: إن الله أنزل على نبيه كلاما لم يكن يفهم معناه، لا هو ولا جبريل عليه السلام....

---

(١) التخريج عند الفقهاء والأصوليين يعقوب الباحسين ص/١٧٨

(٢) قواعد الفقه البركتي ص/٣٣٣

وأيضا فالكلام إنما المقصود به الإفهام؛ فإذا لم يقصد به ذلك كان عبثا وباطلا، والله تعالى قد نزه نفسه عن فعل الباطل والعبث....

وبالجملة فالدلائل الكثيرة توجب القطع ببطلان قول من يقول: إن في القرآن آيات لا يعلم معناها الرسول ولا غيره.

نعم قد يكون في القرآن آيات لا يعلم معناها كثير من العلماء فضلا عن غيرهم، وليس ذلك في آية معينة، بل قد يشكل على هذا ما يعرفه هذا، وذلك تارة يكون لغرابة اللفظ، وتارة **لاشتباه** المعنى بغيره، وتارة **لشبهة** في نفس الإنسان تمنعه من معرفة الحق، وتارة لعدم التدبر التام، وتارة لغير ذلك من الأسباب" (٢) .

٣- اتفق السلف على أن في القرآن ما لا يعلم تأويله إلا الله، كالروح، ووقت الساعة، والآجال، وهذا قد يسمى بالمتشابه (٣) .

والمراد بالتأويل (٤) الذي لا يعلمه إلا الله: معرفة الشيء على حقيقته وما يؤول إليه، أما التأويل بالمعنى الآخر: وهو تفسير الشيء ومعرفة معناه، فهذا مما

---

(١) "مجموع الفتاوى" (١٧/٣٩٠) .

(٢) المصدر السابق (١٧/ ٣٩٥ - ٤٠٠) .

(٣) انظر: "مجموع الفتاوى" (١٣/١٤٤) ، و"شرح الكوكب المنير" (٢/١٤٩) .

(٤) انظر (ص٣٨٥) من هذا الكتاب فيما يتعلق بمعاني التأويل.." [(١)]

"﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة: ٩] ، وكالطهارة للصلاة في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] .

فما لا يتم الواجب إلا به وهو السعي والطهارة اجتمع عليه دليلان:

الأول: النص القرآني.

والثاني: قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (١) .

٢- أن يكون مباحا لم يرد فيه أمر مستقل من الشارع، كإفراز المال لإخراج الزكاة فهذا ليس بواجب قصدا إنما وجب بقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة و الجماعة محمد حسين الجيزاني ص/١٠٧

وعلى هذا النوع تنطبق القاعدة القائلة: يجب التوصل إلى الواجب بما ليس بواجب وهي لا تنطبق على النوع الأول.

هـ- بناء على ذلك نستطيع أن نقول: إن المباح قد يكون واجبا إذا كان الواجب لا يتم إلا به، وقد يبقى المباح على حاله الأصلي من جواز الفعل والترك وذلك إذا لم يكن وسيلة إلى أمر آخر.

وقد يكون المبا ح مندوبا، وقد يكون مكروها، وقد يكون حراما، وذلك حسب تعلقه بغيره (٢) .

و النهي عن الشيء نهي عما لا يتم اجتنابه إلا به.

مثال ذلك: إذا اختلطت الميتة بالمذكاة، فإن الكل يحرم تناوله؛ الميتة بعلة الموت، والمذكاة بعلة **الاشتباه**. إذ الواجب الكف عن الميتة فقط، وذلك لا يتم إلا بالكف عن الاثنين معا بسبب **الاشتباه** (٣) .

وبذلك يتبين أن ما لا يتم الواجب إلا به قد يكون فعلا كالطهارة للصلاة،

---

(١) انظر: "مذكرة الشنقيطي" (١٥) .

(٢) انظر: "مجموع الفتاوى" (٥٣٣/١٠) وسيأتي إن شاء الله بيان أنه بإعطاء الوسائل حكم مقاصدها تنحل **شبهة** الكعبي الذي يقول: "إن المباح مأمور به" انظر (ص ٣٠٩) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: "روضة الناظر" (١١٠/١) ، و"مجموع الفتاوى" (٥٣٣/١٠) .." [(١)]

"عرصته وفي عرصة جاره ثم قال والله ما ظننت إلا أنها من حيث بنائي ؟ أو بنى في عرصة صاحبه أصلا ولم يبن في عرصته هل يعذر بالجهالة أم لا يعذر ؟ ولا يعرف خطأه إلا بقوله .قال أصبغ : أما العرصة فلا كلام فيها وصاحبها بالخيار بين أن يأخذه بقيمته نقضا ولا يصدق قوله فيه على الخطأ فلا يكون له عذر ، وبين أن يأمره بقلع نقضه .وأما الفدان فإني أراه عذرا لأنه يشبه الخطأ في الأحواز وفي الإزدراع إلى جنبه وإلى تشابه الحدود ، فأرى الجهل على الخطأ حتى يعرف أنه عمد ، فأرى أن يحلف لاخطأ وما تعمد ، ثم يقدر زرعه فيه كراء مثله ولا ينتزع لإبان زرع ولا غيره ، ويحمل محمل من إكترى فزرع ثم جاء صاحبه فهي **بشبهة** وعذر فكذلك هذا أراه **بشبهة** وعذر لا يقلع حتى يبلغ زرعه ، قال سحنون هو عندي كالغصب ولا يعذر بجهل ، ولو كان يعذر في هذا أقلع وجاء فزرع فدان جاره ثم قال ظننت أنه فداني فأرى أن يسلك سبيل الغاصب .قال محمد بن رشد : لا اختلاف في العراص أنه لا يعذر الباني فيها بالجهل فيصدق فيما إدعاه من الغلط ، لأن ذلك لا يشبه في العراص المعروفة بحدودها لكثرة التكرار عليها

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة محمد حسين الجيزاني ص/٢٩٩

، بخلاف الفدادين في الفحوص التي قد تجهل أحوازها لاشتباهها مع قلة التكرار علها لبعدها فيعذر فيها بالجهل ، ويصدق فيما ادعاه من الغلط عند أصبغ ، وهو قول مالك ، رواه أشهب عنه في سماعه من كتاب الغصب .وسحنون لا يعذره في الفدادين أيضا بالجهل ولا يصدقه فيما إدعاه من الغلط ، ووجه قوله أن العداء قد ظهر بحرثه ما ليس له ، فلا يصدق فيما إدعاه من الغلط ولا يعذر بذلك عنده إن كان يلزمه أن يثبت حتى لا يحرث مال غيره ، فهو عنده كالغاصب فيكون الزرع عنده لصاحب الأرض ، وكذلك قال." (١)

"(كتاب الحدود) الحد في اللغة هو المنع ومنه سمي البواب حدادا لأنه يمنع الناس عن الدخول وكذا سمي حد الدار الذي تنتهي إليه حدا لأنه يمنع من دخول ما حد إليه في البيع فلما أريد بهذه العقوبة المنع من الفعل سمي ذلك حدا ، وفي الشرع هو كل عقوبة مقدرة تستوفي حقا لله تعالى ولهذا لا يسمى القصاص حدا وإن كان عقوبة لأنه حق آدمي يملك إسقاطه ، والاعتياض عنه وكذا التعزير لا يسمى حدا لعدم التقدير فيه قال رحمه الله (الزنا يثبت بالبينة ، والإقرار) المراد ثبوته عند الإمام وصفة الزنا هو الوطء في فرج المرأة العاري عن نكاح أو ملك أو شبهتهما ويتجاوز الختان الختان هذا هو الزنا الموجب للحد وما سواه ليس بزنا وإنما شرط مجاوزة الختان لأن ما دونه ملامسة لا يتعلق به أحكام الوطء من الغسل وفساد الحج وكفارة رمضان .وفي الينابيع : الزنا الموجب للحد الوطء الحرام الخالي عن حقيقة النكاح وملك ا ليمين وعن شبهة الملك وشبهة النكاح وشبهة الاشتباه وأما الوطء في الملك كوطء جاريته المجوسية وجاريته التي هي أخته من الرضاع ووطء المملوك بعضها وإن كان حراما فليس بزنا وكذا وطء امرأته الحائض ، والنفساء ، والمتزوجة بغير شهود أو تزوج أمة بغير إذن مولاها أو تزوج العبد بغير إذن سيده أو وطء جارية ابنه أو مكاتبه ، والجارية من المغنم في دار الحرب بعد ما أحرزت قبل القسمة أو تزوج أمة على حرة أو تزوج بمجوسية أو خمسا في عقد واحد أو جمع بين." (٢)

"أختين أو تزوج بمحارمه فوطئها ، وقال : علمت أنها علي حرام فإنه لا يحد عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يحد في كل وطء حرام على التأبيد كوطء محارمه ، والتزويج لا يوجب شبهة فيه وما ليس بحرام على التأبيد فعقد النكاح يوجب شبهة فيه كالنكاح بغير شهود أو في عدة الغير وشبه ذلك وشبهة الاشتباه أن يقول : ظننت أنها تحل لي فإنه لا يحد .قوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١٥/٣٩٨

(٢) الجوهرة النيرة، ١٠٢/٥

رجل أو امرأة بالزنا) فإن قيل القتل أعظم من الزنا ولم يشترط فيه أربعة قلنا لأن الزنا لا يتم .إلا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشاهدين ، والقتل يكون من واحد ويشترط في الأربعة أن يكونوا ذكورا أحرارا عدولا مسلمين ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي وإن شهد أقل من أربعة لا تقبل شهادتهم وهم قذفة يحدون جميعا حد القذف إذا طلب المشهود عليه ذلك لما روي أن أبا بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحارث شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضي الله عنه فقام زياد وكان الرابع فقال : رأيت أقداما بادية ونفسا عاليا ، وأمرا منكرا ورأيت رجليها على عاتقه كأذني حمار ولا أدري ما وراء ذلك فقال عمر رضي الله عنه الحمد لله الذي لم يفضح أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحد الثلاثة .وكذا إذا جاءوا متفرقين فشهدوا واحدا بعد واحد لم تقبل شهادتهم وهم قذفة يحدون حد القذف وأما إذا حضروا في مجلس." (١)

"قوله : (ولا حد على من وطئ جارية ولده أو ولد ولده وإن قال علمت أنها حرام) لأن الشبهة فيه حكمية وهي نشأت على دليل قال عليه السلام ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾ واعلم أن الشبهة نوعان شبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه فالشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه ، والمطلقة بائنا بالكنايات ، والمبيعة في حق البائع قبل التسليم ، والممهورة في حق الزوج قبل القبض ، والجارية المشتركة بينه وبين غيره ، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها حرام ويجب المهر ويثبت النسب إذا ادعاه ولا يشترط تصديق المالك إذا كان المدعي جدا مع وجود الأب ولا يجب الحد على قاذف هؤلاء وأما الشبهة في الفعل ففي ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته ، والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال في العدة وأم الولد إذا أعتقها المولى وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد ، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الأصح كذا في الهداية .والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد عليه إذا قال ظننت أنها تحل لي وإن قال علمت أنها حرام حد ثم في كل موضع كانت الشبهة في الفعل لا يثبت نسب الولد منه وإن ادعاه ، وفي كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه ومن طلق زوجته ثلاثا ثم وطئها في العدة ، وقال علمت أنها حرام حد." (٢)

---

(١) الجوهرة النيرة، ٥/١٠٣

(٢) الجوهرة النيرة، ٥/١٣٠

"قوله : (وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته أو وطئ العبد جارية مولاه فإن قال : علمت أنها حرام حد) لأنه لا شبهة لهما في الموطوءة قوله : (وإن قال : ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه أيضا) لأن ظنه استند إلى ظاهر لأن له تبسطا في مال أبويه وزوجته وكذا العبد في مال مولاه يأكل منه عند حاجته فجاز أن يشتبه عليه الاستمتاع فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا إذا قالت الجارية : ظننت أنه يحل لي ، والفحل لم يدع الحل لأن الفعل واحد فأيهما قال ظننت أنها تحل لي درئ عنهما الحد حتى يقرا جميعا أنهما قد علما أن ذلك حرام عليهما قال في الواقعات رجل زنى بجارية أبيه أو أمه أو جده أو جدته ، وقال ظننت أنها تحل لي ، وقالت الجارية إنه حرام درئ الحد عنهما إجماعا ، ولو كان على العكس بأن قالت الأمة : ظننت أنه حلال ، وقال هو علمت أنه حرام درئ الحد أيضا عنهما عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة يجب عليه الحد ودرئ عنها وقوله : وإن قال ظننت أنها تحل لي لم يحد ولا يثبت النسب إذا ادعى أنه ابنه من هذا .الوطء فإن ملك الصبي عتق عليه وإن ملك أمه لم تصر أم ولد له وكان له بيعها وإن وطئ جارية من المغنم قبل القسمة وهو من الغانمين فلا حد عليه وإن قال : علمت أنها حرام لأن الغنيمة مشتركة بين الغانمين فله حكم الملك ولا يثبت نسب الولد .." (١)

"(ونكاح المتعة) وهو أن يقول لامرأة: أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال (و) النكاح (المؤقت) وهو: أن يتزوج امرأة عشرة أيام مثلا (باطل) أما الأول فبالإجماع، و أما الثاني فقال زفر: هو صحيح لازم؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، ولنا أنه أتى بمعنى المتعة، والعبرة في العقود للمعاني، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التوقيت أو قصرت؛ لأن التوقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد، هداية.(وتزويج العبد والأمة) أي تزويج الفضولي لهما (بغير إذن مولاهما موقوف) على إجازته (فإن أجازه المولى جاز) العقد (وإن رده بطل) وليس هذا بتكرار لقوله " ولا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما" المار؛ لأن ذاك فيما إذا باشرا العقد بأنفسهما، وهنا بمباشرة الفضولي؛ كما يدل لذلك قوله (وكذلك): أي يكون التزويج موقوفا على رضا الأصيل (لو زوج رجل) فضولي (امرأة بغير رضاها) أي إذنها (أو) زوج (رجلا بغير رضاه)؛ لأنه تصرف في حق الغير، فلا ينفذ إلا برضاه، وقد مر في البيوع توقف عقوده كلها إن كان لها مجيز وقت العقد وإلا تبطل.---(ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه) الصغيرة (من نفسه) إذا كانت الولاية له، فيكون أصيلا من جانب وليا من آخر، وكذا لو كانت كبيرة وأذنت له أن يزوجها من نفسه (وإذا أذنت المرأة لرجل

---

(١) الجوهرة النيرة، ٥/١٣٢

أن يزوجها من نفسه) أو ممن يتولى تزويجه أو ممن وكله أن يزوجه منها (فعقد) الرجل عقدها حسبما أذنت له (بحضرة شاهدين جاز) العقد، ويكون وكيلا من جانب وأصيلا أووليا أو وكيلا من آخر، وقد يكون وليا من الجانبين: كأن يزوج بنته من ابن أخيه، قال في الهداية: إذا تولى طرفيه فقوله "زوجت" يتضمن الشطرين، ولا يحتاج إلى القبول. اهـ.(وإذا ضمن الولي): أي ولي الزوجة، وكذا وكيها (المهر) لها (صح ضمانه) لأنه من أهل الالتزام، والولي والوكيل في النكاح سفير ومعبر، ولذا ترجع حقوقه إلى الأصيل (وللمرأة الخيار في مطالبة زوجها أو وليها) اعتبارا بسائر الكفالات، ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة، هداية.(يتبع...)@(تابع... ٣): - النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول، بلفظين يعبر بهما عن الماضي، أو... ...---(وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) وهو: الذي فقد شرطا من شروط الصحة كعدم الشهود، وكان التفريق (قبل الدخول) بها فلا مهر لها)؛ لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول (وكذلك بعد الخلوة)؛ لفسادها بفساد النكاح؛ لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكين فلا يقام مقام الوطء (وإن دخل بها فلها مهر مثلها)؛ لأن الوطء في دار الإسلام؛ فلا يخلو عن عقر - بالفتح - أي حد زاجر، أو عقر - بالضم - أي مهر جابر، وقد سقط الحد بشبهة العقد، فيجب مهر المثل، ولكن (لا يزاد على المسمى) لرضاها به (وعليها العدة) إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط، وتحرزا عن اشتباه النسب، ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت، وهو الصحيح؛ لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق. هداية (ويثبت نسب ولدها منه)؛ لأن النسب يحتاط في إثباته صيانة للولد عن الضياع، قال في الهداية: وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد، وعليه الفتوى، اهـ ومثله قاضيخان.(ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات عمها)، لأنهم قوم أبيها، والإنسان من جنس قوم أبيه.---(ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم يكونا من قبيلتها)، لأن المهر يختلف بشرف النسب، والنسب يعتبر من جانب الأب، فإن كانت الأم من قوم الأب بأن كانت بنت عمه اعتبر بمهرها، لأنها من قوم أبيها (ويعتبر في مهر المثل: أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والعفة والمال والعقل والدين والبلد والعصر) وبكارة وثيوبة، وعلما، وأدبا، وحسن خلق؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف، وهذا في الحرة، وأما الأمة فبقدر الرغبة فيها كما في الفتح (ويجوز) للحر (تزويج الأمة) الرقيقة (مسلمة كانت أو كتابية) ولو مع طول الحرة (ولا يجوز أن يتزوج أمة على حرة) ولو برضاها، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا تنكح الأمة على الحرة) هداية، وكذا في عدتها، ولو من بائن (ويجوز تزويج الحرة عليها): أي الأمة، لقوله صلى الله عليه وسلم: (وتنكح الحرة على الأمة)، ولأنها من المحللات في جميع الحالات، هداية.(وللحر

أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) وله التسري بما شاء من الإماء (ولا يتزوج العبد أكثر من اثنتين) مطلقا، لأن الرق منصف، ويمتنع عليه التسري، لأنه لا يملك (فإن طلق الحر إحدى الأربع) ولو (طلاقا بائنا لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها)؛ لأن نكاحها باق من وجه ببقاء بعض الأحكام، بخلاف ما إذا ماتت، فإنه يجوز له، لانقطاع النكاح بالكلية.." (١)

"وأما المسألة الثانية التي تضمنها الحديث فهي أن حد الرجل غير المحصن والمرأة غير المحصنة أن يجلد كل واحد منهما مائة جلدة ويغرب عاما، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجمع بين الجلد والتغريب حدا، وذهب الشافعي وأحمد والثوري والأوزاعي إلى أنه يجمع بينهما حدا، تمسكا بهذا الحديث. ولأن في بقاء الزاني والزانية ببلدهما إشاعة للفاحشة وفي تغريبهما حسما لمادة الزنا، لأن كلا منهما يغرب إلى بلد لا يعرفه فيها أحد أو يقل من يعرفه فيها، وأما أبو حنيفة وأصحابه فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بالآية الكريمة: وهي قول الله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائسة جلدة﴾ وجه الاستدلال من الآية على ما ذكرنا أنه سبحانه قد جعل كل الحد جلد كل واحد منها مائة جلدة، فلا تجوز الزيادة عليه، وأما الحديث الذي تمسك فيه الشافعي فهو منسوخ الحكم في هذه ا لمسألة كما أنه منسوخ الحكم في المسألة الأولى بالإجماع من الطرفين، وأما استدلالهم بما ذكرنا عنهم من العلة فهو معارض بأن التغريب قد يكون فتحا لباب الزنا، وذلك لأن المرأة إذا تغربت ولا مادة لها فقد تتخذ الزنا مكسبة، وهذا أشنع وجوه الزنا، ويؤكد ذلك قول علي ابن أبي طالب: "كفى بالنفي فتنة" كما في الهداية (إلا أن يرى الإمام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يراه) من المصلحة، وذلك تعزيز وسياسة، لأنه قد يفيد في بعض الأحوال، فيكون الرأي فيه للإمام، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم، هداية.---(وإذا زنى المريض وحده) الواجب عليه (الرجم رجم) لأن الإتلاف مستحق، فلا يمتنع بسبب المرض (وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) تحرزا عن التلف (وإذا زنت الحامل) ووجب عليها الحد (لم تحد حتى تضع حملها) تحرزا عن إهلاك الولد، لأنه نفس محتومة (فإن كان حدها الجلد فحتى تتع الى) أي ترتفع وتخرج (من نفاسها)؛ لأنه نوع مرض فيؤخر إلى البرء (وإن كان حدها الرجم رجمت) بمجرد وضع الحمل، لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل، وعن أبي حنيفة أنها تؤخر إلى أن يستغني الولد عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته، لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع كما في الهداية. (وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقطعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام) أو مرضهم أو خوف

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٢٥٩

طريقهم (لم تقبل شهادتهم) للتهمة، لأن التأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان لغير الستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع (إلا في حد القذف خاصة): أي فتقبل؛ لأن فيه حق العبد، لما فيه من دفع العار عنه، والتقادم غير مانع في حقوق العباد، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم، قال في الهداية: واختلفوا في حد التقادم، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر، فإنه قال: بعد حين، وهكذا أشار الطحاوي، وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك، وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر، وعن محمد أنه قدره بشهر، لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو الأصح، اهـ، وقال قاضيخان: والشهر وما فوقه متقادم فيمنع قبول الشهادة، وعليه الاعتماد، اهـ.(ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) كتفخيذ وتبطين (عزر)، لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر، وشمل قوله (فيما دون الفرج) الدبر، وهو قول الإمام، لأنه ليس بزنا كما يأتي قريبا.---(ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده) وإن سفل، ولو ولده حيا، فتح (وإن قال علمت أنها علي حرام) لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل هو قوله صلى الله عليه وسلم : (أنت ومالك لأبيك) والأبوة قائمة في حق الجد. هداية (وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه) وإن عليا (أو زوجته أو وطئ العبد جارية مولاه وقال علمت أنها تحل لي لم يحد) لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع، فظنه في الاستمتاع محتمل، فكان شبهة اشتباه، وكذا لو قالت الجارية (ظننت أنه يحل لي) والفحل لم يدع الحل، لأن الفعل واحد كما في الجوهرة (ومن وطئ جارية أخيه أو عمه قال ظننت أنها حلال حد) لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما، وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا، هداية.(ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها فلا حد عليه) لأنه اعتمد دليلا - وهو الإخبار - في موضع الاشتباه، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة، فصار كالمغرور (وعليه المهر)؛ لما تقرر أن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقر أو عقر، وقد سقط الحد بالشبهة فيجب المهر (ومن وجد امرأة) نائمة (على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة، فلم يكن الظن مستندا إلى دليل، وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها، وكذا إذا كان أعمى، لأنه يمكنه التمييز بالسؤال أو غيره، إلا إذا دعاها فأجابته وقالت (أنا زوجتك) لأن الإخبار دليل هداية. (ومن تزوج امر." (١)

"أة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد)، لشبهة العقد، قال الإسبيجاني: وهذا قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا تزوج محرمة وعلم أنها حرام فليس ذلك بشبهة وعليه الحد إذا

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٣١

وطئ، وإن كان لا يعلم فلا حد عليه، والصحيح قول أبي حنيفة وزفر، وعليه مشى النسفي والمحبوبي وغيرهما، تصحيح.---(ومن أتى امرأة في الموضع المكروه): أي الدبر (أو عمل عمل قوم لوط) أي أتى ذكرا في دبره (فلا حد عليه عند أبي حنيفة، ويعزر) زاد في الجامع الصغير: ويودع في السجن اهـ، لأنه ليس بزنا، لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الإحراق بالنار، وهدم الجدار، والتنكيس من مكان مرتفع، وإتباع الأحجار وغير ذلك، ولا هو في معنى الزنا، لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب، إلا أنه يعزر، لأنه أمر منكر ليس فيه شيء مقدر (وقال أبو يوسف ومحمد: هو كالزنا) لأنه في معنى الزنا، قال جمال الإسلام في شرحه: الصحيح قول أبي حنيفة وعليه مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما، تصحيح.(ومن وطئ بهيمة) له أو غيره (فلا حد عليه)، لأنه ليس في معنى الزنا إلا أنه يعزر، لأنه منكر كما مر، قال في الهداية: والذي يروي أنها تذبح وتحرق فذلك لقطع التحدث، وليس بواجب، اهـ.(ومن زنى في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج إلينا لم نقم عليه الحد)، لأن المقصود هو الانزجار، وولاية الإمام منقطعة فيها فيعرى عن الفائدة، ولا تقام بعدما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة، ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره، لأنه تحت أمره، بخلاف أمير العسكر والسرية، لأنه لم يفوض إليهم الإقامة كما في الهداية.." (١)

"(إذا سرق البالغ العاقل) الناطق البصير (عشرة دراهم) حيادا (أو ما) أي شيئا مما لا يتسارع إليه الفساد (قيمته عشرة دراهم) سواء كانت الدراهم (مضروبة أو غير مضروبة من حرز) وهو ما يمنع وصول يد الغير، سواء كان بناء أو حافظا (لا شبهة فيه) ولا تأويل، بمرة واحدة، اتحد المالك أم تعدد (وجب عليه القطع)، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ، لأن القطع جزاء الجناية، وهي لا تتحقق بدونهما. قيدنا بالنطق لأن الأخرس لا يقطع؛ لاحتمال نطقه بشبهة، وبالبصير لأن الأعمى لا يقطع للشبهة وبالاشتباه عليه، وقيد بعشرة دراهم لأن النص الوارد في حق السرقة مجمل في حق القيمة، وقد ورد في السنة بيانه في الجملة بثمن لمجن، وقال أصحابنا: المجن الذي قطعت فيه اليد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كان يساوي عشرة دراهم، وعمم في الدراهم بقوله (مضروبة أو غير مضروبة) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، ولكن ظاهر الرواية يشترط المضروب، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وهو الأصح؛ لأن اسم الدرهم يطلق على المضروب عرفا، وظاهر كلام الهداية يدل على أن عبارة المصنف مقيدة بالمضروبة حيث قال: وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٣٢

وسلم (لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم) واسم الدراهم يطلق على المضروبة، فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب، وهو ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لكمال الجناية، حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع، اهـ. وتبعه في هذا الكمال في الفتح قائلا: كما ذكره القدوري، لكن في غاية البيان بعد نقله كلام الهداية: وهذا صحيح، لكن في نقله عن القدوري نظر، لأن الشيخ أبا نصر الأقطع ذكر في الشرح - وهو تلميذ القدوري - رواية المختصر، ولم يقيد بالمضروبة؛ بل أثبت الرواية بقوله (مضروبة أو غير مضروبة) ثم قال: أما قول صاحب الكتاب (عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة)---فهو قول أبي حنيفة، ثم قال: وروى بشر عن أبي يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرا لا يقطع، اهـ، وقوله (أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم) إشارة إلى أن غير الدرهم يعبر قيمته بها وإن كان ذهبا، كما في الهداية. وقيد بالحرز، لأن الاستسرار لا يتحقق دونه، ويشترط أن يكون الحرز واحدا، فلو سرق نصابا من حرزين مختلفين لا يقطع، وشرط عدم الشبهة لأن الشبهة دارئة للحد، وكذا التأويل كما يأتي، وقيدنا بمرة واحدة، لأنه لو سرق نصابا واحدا من حرز واحد بمرتين فأكثر لا يقطع (والعبد والحر في القطع سواء)؛ لأن التصنيف متعذر فيتكامل الجزاء، صيانة لأموال الناس.(ويجب القطع بإقراره مرة واحدة) قال في الهداية: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بإقرار مرتين، ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين، اهـ. قال في التصحيح: وتقدم تصحيح الإسبيجاني لقولهما، وعليه اعتمد الأئمة كما هو الرسم (أو بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق، ويسألهما الإمام: كيف هي؟ وما هي؟ ومتى هي؟ وأين هي؟ وكم هي؟ وممن سرق؟ لزيادة الاحتياط، واحتيالا للدرء كما مر في الحدود، وكذا يسأل المقر عن الكل إلا الزمان، وما في الفتح (إلا المكان) تحريف كما في النهر.(وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم) بالقسمة على السوية (عشرة دراهم) أو ما تبلغ قيمته ذلك (قطع) الجميع، وإن كان الآخذ بعضهم، لوجود الأخذ من الكل معنى، لأن المعتاد أن يتولى الأخذ بعضهم ويستعد الباقون للدفع (وإن أصابه): أي كل واحد منهم (أقل من ذلك لم يقطع) واحد منهم، "لأن الموجب له سرقة النصاب، ويجب القطع على كل واحد بجنايته، فيعتبر كمال النصاب في حقه.---." (١)

" أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعليها استقبال العدة عندهما ولو لم يطلقها في النكاح الثاني حتى بانت من زوجها قبل الدخول بفعل من قبلها كالردة ومطاوعة ابن الزوج عندهما يجب عليه مهر

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٣٧

كامل وإذا كانت أمة فأعتقت بعد النكاح الثاني واختارت نفسها قبل الدخول عندهما يجب عليه مهر كامل للنكاح الثاني وإذا تزوجت المرأة من غير كفء فدخل بها فرفع الولي الأمر إلى القاضي وفرق بينهما ووجب المهر والعدة ثم تزوجها هذا الرجل بغير ولي وفرق القاضي بينهما قبل الدخول في النكاح الثاني يجب لها مهر كامل ويلزمها عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى رجل تزوج صغيرة زوجها وليها ودخل بها ثم بلغت واختارت نفسها وفرق بينهما ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول بها عندهما عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة رجل تزوج صغيرة ودخل بها ثم طلقها تطليقة بائنة ثم تزوجها في العدة فبلغت واختارت نفسها وفرق بينهما كان عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وعلى هذا رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وعلى هذا رجل تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت واختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول بها وعلى هذا رجل تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها في العدة نكاحا جائزا ثم طلقها قبل الدخول بها كان عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى كذا في فتاوى قاضي خان ولو وطئ جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو وطئ امرأة في النكاح الفاسد مرارا فعليه مهر واحد كذا في الظهيرية الأصل أن الوطء متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا لم يجب إلا مهر واحد لأن الوطء الثاني صادف ملكه ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مرارا يجب لكل وطء مهر على حدة لأن كل وطء صادف ملك الغير ولو وطئ الابن جارية الأب مرارا وقد ادعى الشبهة فعليه بكل وطء مهر وكذا لو وطئ جارية امرأته ولو وطئ مكاتبته مرارا فعليه مهر واحد ولو وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا فعليه بكل وطء نصف مهر ولو وطئ مكاتبة بينه وبين غيره مرارا فعليه في نصفه نصف مهر واحد وعليه في نصف شريكه بكل وطء نصف المهر وذلك كله للمكاتبة رجل زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر مثل بالزنا ومهر آخر وهو المسمى بالنكاح هكذا في محيط السرخسي إذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق حين أخلو بك أو قال إذا خلوت بك فخلا بها وجامعها فعليه مهر ونصف مهر مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول ولا أثر للخلوة في هذه الصورة لأن المهر إنما يتأكد بالخلوة إذا كان فيها مدة يمكنه الدخول فيها وإن لم يكن جامعها بعد الخلوة فعليه نصف المهر وإذا قال لأجنبية إذا تزوجتك وخلوت بك ساعة فأنت طالق فتزوجها وخلا بها ودخل بها وقع الطلاق عليها ولها مهران مهر بالخلوة ومهر بالدخول إذا كان الدخول بعد الخلوة بساعة وإن كان الدخول مع الخلوة لم يكن عليه إلا مهر واحد كذا في المحيط ولو وطئ المعتدة عن الطلقات الثلاث وادعى الشبهة

قيل إن كانت الطلقات الثلاث جملة فظن أنها لم تقع فهذا ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وإن ظن أن الطلقات واقعة لكن ظن أن وطأها حلال فهذا الظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر كذا في الخلاصة إذا اشترى جارية ووطئها مرارا ثم استحقت كان عليه مهر واحد وإن استحق نصفها كان عليه نصف المهر للمستحق كذا في فتاوى قاضي خان ولو وطئ منكوحته مرارا ثم ظهر أنه حلف بطلاقها

". (١)

" لعدم التقدير كذا في الهداية وركنه إقامة الإمام أو نائبه في الإقامة وشرطه كون من يقام عليه صحيح العقل سليم البدن من أهل الاعتبار والانتذار حتى لا يقام على المجنون والسكران والمريض وضعيف الخلقة إلا بعد الصحة والإفاقة كذا في محيط السرخسي وحكمه الأصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد والطهر من الذنب ليست بحكم أصلي لإقامة الحد لأنها تحصل بالتوبة لا بإقامة الحد ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له كذا في التبيين الباب الثاني في الزنا وهو قضاء الرجل شهوته محرما في قبل المرأة الخالي عن الملكين وشبهتهما وشبهة الاشتباه أو تمكين المرأة لمثل هذا الفعل هكذا في النهاية حتى إن وطء المجنون والصبي العاقل لا يكون زنا لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة كذا في محيط السرخسي وكذا إذا وطئ الرجل جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو جارية عبده المأذون المديون أو الجارية من المغنم بعد الإحراز في دار الإسلام في حق الغازي لا يكون زنا لشبهة ملك اليمين وكذا إذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة تزوجها بغير إذن مولاها أو وطئ عبد امرأة تزوجها بغير إذن مولاه أو وطئ الرجل أمة تزوجها على حرة لشبهة ملك النكاح وكذا إذا وطئ الابن جارية أبيه على أنها تحل له لشبهة الاشتباه هكذا في النهاية وركنه التقاء الختانين ومواراة الحشفة لأن بذلك يتحقق الإيلاج والوطء وشرطه العلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة كذا في محيط السرخسي ويثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة أربعة يشهدون عليه بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع كذا في التبيين إذا شهد أربعة على رجل بالزنا في مجلس واحد فالقاضي يسألهم عن الزنا ما هو وأين يزني فإذا بينوا ما هو زنا حقيقة وقالوا رأيناه أدخل كالميل في المكحلة الآن يسألهم عن كيفية الزنا ثم إذا بينوا كيفية الزنا يسألهم عن الوقت ثم إذا بينوا وقتا لا يصير العهد به متقادما يسألهم عن المزني بها ثم يسألهم عن المكان ثم إذا بينوا المكان والقاضي يعرفهم بالعدالة يسأل المشهود عليه عن إحصانه فإن قال أنا محصن أو يشهد الشهود على

(١) الفتاوى الهندية، ٣٢٤/١

إحصانه إن أنكر سأله الحاكم عن الإحصان فإذا وصفه على الوجه رجمه وإن لم يصفه وقد ثبت إحصانه بالبينة سأل الشهود عن الإحصان فإذا وصفوه عن الوجه يجب رجمه وإن قال أنا غير محصن ولم يشهد الشهود على إحصانه جلد وإن لم يعرفهم القاضي بالعدالة حبس المشهود عليه إلى أن تظهر عدالتهم كذا في المحيط الأربعة إذا شهدوا عليه بالزنا فسئلوا عن كيفيته وماهيته قالوا لا نزيد لك على هذا لم تقبل شهادتهم ولكن لا حد عليهم لتكامل عددهم فإن تكامل عدد الشهود مانع من وجوب الحد كما لو شهد عليه أربعة من النساء وكذلك إن وصف بعضهم دون بعض فلا يقام عليه الحد ولا على الشهود أيضا كذا في المبسوط ويثبت الزنا بإقراره كذا في البحر الرائق ولا يعتبر إقراره عند غير القاضي ممن لا ولاية له في إقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك كذا في التبيين ولا بد أن يكون الإقرار صريحا ولا يظهر كذبه فلا يحد الأخرس لو أقر بكتابة أو إشارة كذا لا تقبل الشهادة عليه لاحتمال أن يدعي شبهة كذا في النهر الفائق ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على كل واحد منهما كذا في فتح القدير وكذا لو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد ولا بد أيضا أن لا يكذبه الآخر حتى لو أقر بالزنا فكذبته أو هي فكذبها فلا حد عليهما عند الإمام كذا في النهر الفائق ولا بد أن يكون الإقرار في حالة

" (١).

" في الكافي وفسر التغريب في النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه إلى إقليم آخر كذا في البحر الرائق وهكذا في التبيين والمريض إذا وجب عليه الحد إن كان الحد رجما يقام عليه للحال وإن كان جلدا لا يقام عليه حتى يماثل أي يبرأ ويصح إلا إذا كان مريضا وقع اليأس من برئه فحينئذ يقام عليه كذا في الظهيرية ولو كان المرض لا يرجى زواله كالشلل أو كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضربه دفعة ولا بد من وصول كل شمراخ إلى بدنه ولذا قيل لا بد حينئذ أن تكون مبسوطة كذا في فتح القدير والنفساء في إقامة الحد عليها بمنزلة المريضة والحائض بمنزلة الصحيحة حتى لا ينتظر خروجها من الحيض كذا في الظهيرية الحامل إذا زنت لا تحد حالة الحمل سواء كان حدها جلدا أو رجما لكن تحبس الحامل إن كان ثبت زناها بالبينة إلى أن تلد ثم إذا ولدت ينظر إن كانت محصنة ترجم حين تضع ولدها وهذا ظاهر الرواية وإن كانت غير محصنة تركت حتى تخرج من نفاسها ثم يقام

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٤٣/٢

عليها الحد كذا في غاية البيان وإن ثبت الحد بالإقرار لا تحبس لكن يقال لها إذا وضعت فارجعي فإذا وضعت ورجعت فإنها يقام الرجم عليها إذا كان للولد من يقوم بإرضاعه وإن لم يكن ينظر إلى أن ينفطم ولدها كذا في الظهيرية ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهدوا على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فإن قلن هي حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجمها كذا في فتح القدير إذا شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظرت إليها النساء فقلن هي كذلك يدرأ عنها الحد ولا حد على الشهود أيضا وكذلك المجبوب ويقبل على العذراء والرتقاء والأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة قال في الفتاوى الولوالجية والمثنى أحوط كذا في غاية البيان ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام كذا في الهداية ولا يقام الحد في الحر الشديد والبرد الشديد كذا في التتارخانية وكذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد كذا في السراج الوهاج رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله تعالى فإنه لا يعلم القاضي بفاحشته كذا في الظهيرية الباب الرابع في الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه الوطء الموجب للحد هو الزنا كذا في الكافي فإن تمحض حراما يجب الحد وإن تمكنت فيه الشبهة لا يجب الحد كذا في فتاوى قاضي خان والشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وهي أنواع شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وهي أن يظن غير دليل الحل دليلا وهو يتحقق في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه فإن ادعى أنه ظن أنها حلال له لم يحد وإن لم يدع حد وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وذا لقيام دليل الحل في المحل وامتنع عمله لمانع فتعتبر شبهة في حق الكل ولا يتوقف ثبوتها على ظن الجاني ودعواه الحل فالحد يسقط بالنوعين والنسب يثبت في الثاني إن ادعى الولد ولا يثبت في الأول وإن ادعاه ويجب مهر المثل في النوع الأول وشبهة العقد فإن العقد إذا وجد حلالا كان أو حراما متفقا على تحريمه أو مختلفا فيه علم الواطئ أنه محرم أو لم يعلم لا يحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما إذا نكح نكاحا مجمعا على تحريمه فليس ذلك بشبهة ويحد إن علم بالتحريم وإلا لا كذا في الكافي

____

(١) ".

" الوصية هكذا ذكر الخصاف رحمه الله تعالى ومحفوظنا أن الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى صحيح إذا كان مضافا إلى ما بعد الموت أو كان موصى به والحيلة في ذلك أن يدفع الواقف ما وقفه إلى

____

(١) الفتاوى الهندية، ١٤٧/٢

رجل ويجعله قيما لهذا الوقف ثم إن الواقف يمتنع عن صرف الغلة إلى المساكين أو يبيع الواقف هذا الوقف من إنسان ويسلمه إلى المشتري ثم إن المتولي يخاصم المشتري في فصل البيع ويخاصم الواقف في فصل امتناعه عن صرف الغلة إلى المساكين ويقدمه إلى قاض يرى صحة الوقف فيقضي القاضي بصحة هذا الوقف ويصح القضاء لوجود الدعوى من المدعي والخصومة من المدعى عليه ولا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله لأن القضاء صادف محلا مجتهدا فيه فنفذ وصار مجمعا عليه كذا في المحيط رجل له مال من وقف أوقف عليه وعلى غيره ولزمه دين فأراد أن يوكل غريمه بقبض ما يصير له في كل سنة من غلة هذا الوقف قضاء من دينه فقال الغريم لست آمن من أن تخرجني من الوكالة فأريد أن توكلني وكالة لا تقدر على إخراجي منها حتى أستوفي ما لي عليك فالحيلة أن يقر الذي عليه الدين أن الواقف كان شرط في أصل الوقف أن ينفق على نفسه وعياله من غلة هذا الوقف في كل سنة كذا وكذا ما دام حيا وأن يقضى منه ديونه بعد وفاته يبدأ بذلك ثم باقي الغلة بعد ذلك لمن وقف عليهم وأنه كان لفلان بن فلان يسمي غريمه على فلان الواقف من الدين كذا وكذا درهما دينا صحيحا وقد كنت ضمنت له جميع ذلك المال عنه ضمانا صحيحا جائزا باتا وأن الواقف جعل ولاية هذه الصدقة إلى فلان يعني صاحب الدين في حياته حتى يستوفي دينه من غلته فإذا فعل ذلك فلا ولاية له بعد ذلك ويكتب أيضا إني قد جعلته وكيلا في قبض نصيبي من غلة هذه الصدقة حتى يستوفي ما ضمنت له من الدين عن الواقف فإذا أقر بذلك لم يكن له إخراجه بعد ذلك قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في هذه الحيلة نوع اشتباه لأنه قال شرط الواقف أن يبدأ بنفقته ونفقة عياله وقضاء ديونه فيكون هذا استثناء بعض الوقف لنفسه وهذا باطل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى جائز عند محمد رحمه الله تعالى فينبغي أن يكتب أيضا في الكتاب أقر هذا المديون أن قاضيا قضى بجوازه فيصير متفقا عليه ثم قال في هذه الحيلة وأنه وجب لفلان يسمي غريمه على هذا الواقف كذا فيصح هذا الإقرار من هذا الرجل لأنه يقر بتقديم حق الغير فيصدق في ذلك كالوارث إذا أقر على مورثه بدين فإنه يصح هذا لأنه أقر بتقديم حق غيره فصاحب الدين يقدم على الوارث فكذا هاهنا ثم قال ويكتب في كتاب الإقرار إني قد كنت ضمنت جميع ذلك ضمانا صحيحا وفيه نوع شبهة أيضا لأن الضمان إنما يصح إذا مات الواقف مليا أما إذا مات مفلسا لا يصح هذا الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فينبغي أن يلحق به حكم الحاكم حتى يصير متفقا عليه ثم قال بعد هذا إن الواقف جعل ولاية هذه الصدقة إلى فلان الغريم وجعل هذه الضيعة في يديه يقبض غلتها ويصح هذا الإقرار منه أيضا لأنه أقر بتقديم حق غيره على نفسه فيصح ثم يكتب إذا استوفى فلان الغريم هذا الدين لا يد له على الضيعة

حتى لا يدعي الاستحقاق لنفسه بكونها في يده كذا في الذخيرة الفصل الثاني عشر في الشركة رجلان أرادا أن يشتركا ومع أحدهما مائة دينار ومع الآخر ألف درهم فالشركة جائزة وإن كان أحد المالين لا يختلط بالآخر لأن الاختلاط ليس بشرط عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى والمسألة معروفة في كتاب

". (١)

"(ومن أكل في رمضان ناسيا وظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة) لأن الاشتباه استند إلى القياس فتتحقق الشبهة ، وإن بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب ، وكذا عنهما لأنه لا اشتباه فلا شبهة .وجه الأول قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس فلا ينتفي بالعلم كوطء الأب جارية ابنه .sوقوله (ومن أكل في رمضان ناسيا) ظاهر (لأن الاشتباه استند إلى القياس) لأن القياس الصحيح يقتضي أن لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالأكل ناسيا ، فإذا أكل بعده عامدا لم يلاق فعله الصوم فلا تجب عليه الكفارة .وقوله (لأنه لا اشتباه) يعني إذا علم الحديث علم أن القياس متروك ، والمتروك لا يورث شبهة فلا شبهة .وقوله (وجه الأول) يعني عدم وجوب الكفارة (قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس) وهذا لأن الشبهة الحكمية هي الشبهة في المحل ، وهي التي يتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما سيجيء في كتاب الحدود ، والقياس دليل قائم ينفي حرمة الأكل الثاني سواء علم ذلك أو لم يعلم (كوطء الأب جارية ابنه) فإنه لا يجب به الحد سواء كان الأب عالما بالحرمة أو لا .." (٢)

"(وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها) ؛ لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع (وكذا بعد الخلوة) ؛ لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء (فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى) عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد .ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية ، بخلاف البيع ؛ لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته (وعليها العدة) إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب .ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت ، هو الصحيح ؛

(١) الفتاوى الهندية، ٤٠٤/٦

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٥٢/٣

لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق (ويثبت نسب ولدها) ؛ لأن النسب يحتاط في إثبات٥ إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه .وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى ؛ لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه ، والإقامة باعتباره .s." (١)

"من خواص هذا الشرح .وإنما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لأن الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فإن المستوفى هناك أيضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد .وقوله بخلاف البيع) جواب عن قول زفر وهو واضح .وقوله (وعليها العدة) يعني في النكاح الفاسد إذا دخل بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ، ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه .وقوله (إلحاقا للشبهة بالحقيقة) أي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه (في موضع الاحتياط) وكان قوله (وتحرزا عن اشتباه النسب) تفسيرا للاحتياط بطريق العطف (ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت) وقال زفر : يعتبر من آخر الوطآت حتى إذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية .وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول زفر .وقوله (لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح) يعني من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول (و) شبهة النكاح (رفعها بالتفريق) وقوله التفريق في موضعين يشير إلى أنه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ .وعند بعضهم إن لم يدخل بها فكذلك الجواب ، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فإن لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون." (٢)

"قال (الزنا يثبت بالبينة والإقرار) الزنا يمد ويقصر ، فالقصر لغة أهل الحجاز ، والمد لأهل نجد .قال الفرزدق : أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا يخاطب رجلا يكنى أبا حاضر ، والخرطوم الخمر ، والمسكر بفتح الكاف المخمور .وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لا شبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك .واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا ، ولهذا يثبت به الغسل ، والمكلف ليخرج الصبي والمجنون ، والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما إذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه .وبشبهة ملك اليمين ، ما إذا وطئ جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون ، وبشبهة الاشتباه

(١) العناية شرح الهداية، ٢٦/٥

(٢) العناية شرح الهداية، ٢٨/٥

ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له .والزنا يثبت بالبينة والإقرار .قال المصنف (والمراد ثبوته عند الإمام) وإنما قال كذلك لأن الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وإن لم يكن هناك لا بينة ولا إقرار ، وإنما انحصر في ذلك لأنه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي ؛ لأنه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى ﴿ فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ وقوله (معرة ومضرة) المضرة ضرر ظاهر على البدن ، والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري إلى باطنه من لحوق العار بانتسابه إلى الزنا .وقوله (."(١)

"(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه) : قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وإنه في عرف الشرع واللسان : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك ، وشبهة الملك لأنه فعل محظور ، والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهته ، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام " ﴿ ادرءوا الحدود بالشبهات ﴾ " ثم الشبهة نوعان : شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية .فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه ؛ لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه .والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده .والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث .والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى ؛ وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع : جارية أبيه وأمه وزوجته ، والمطلقة ثلاثا وهي في العدة ، وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة ، وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة ، وجارية المولى في حق العبد ، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود .ففي هذه المواضع لا حد عليه إذا قال : ظننت أنها تحل لي .ولو قال علمت أنها علي حرام وجب الحد. والشبهة في المحل في ستة مواضع : جارية ابنه ، والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات ، والجارية المبيعة في حق." (٢)

"(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه) : لما فرغ من بيان إقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه ، وقد ذكرنا تعريف الزنا في أول كتاب الحدود ، وذكره المصنف هاهنا .واعترض بأنه غير منعكس لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف ، وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه .وأجيب بأن

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤٠/٧

(٢) العناية شرح الهداية، ١٧٦/٧

هذا التعريف إنما هو بالنسبة للأصل والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجيء بعد هذا أن كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة ، وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة .فإن قلت : قوله لأنه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لأنه في التصورات .قلت : التعليل ليس لإثبات التعريف وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا .وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك لأنه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال ، لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته (يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ ادرءوا الحدود بالشبهات ﴾ ثم الشبهة) وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوعان : شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه ، حتى لو قال علمت أنها تحرم علي حد (وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية)." (١)

"وتسمى شبهة ملك أيضا فإنها لا توجب الحد ، وإن قال علمت أنها حرام علي فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما إذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة إلى الظان (والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين) جميعا (لإطلاق الحديث) لكن في الأولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت في الثاني) أي في الوطء الثاني ، وقيل أي في المذكور الثاني ، والأولى أن يقال في النوع الثاني (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض) أي خلص (زنا في) الشبهة (الأولى وإن سقط الحد لأمر راجع إليه) أي إلى الواطئ .وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه ، فإن المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لأن هذا وطء في شبهة العقد فيكفي لإثبات النسب .وفي الإيضاح : المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا ، وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر ، فإذا قال ظننت أنها تحل لي فلا حد لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد ، وإن قال الرجل علمت أنها حرام علي وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا يحد واحد منهما .أما المرأة فلدعوى الشبهة ، وأما الرجل فلأن." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٧٨/٧

(٢) العناية شرح الهداية، ١٧٩/٧

"الزنا يقوم بهما ، فإذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما سيجيء .فإن قيل : ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي .أجيب بأن وجهه بقاء بعض الأحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين .فإن قيل : بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أو لا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في إسقاط الحد .أجيب بأنه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه ، وإنما قيد الطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وإن قال علمت أنها علي حرام على ما يجيء ، وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هي ما قلنا في المطلقة ثلاثا وهي في العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه ، وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال م ولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء (والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود) يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي لا يحد ، وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما في الجارية المشتركة ؛ لأنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياسا على ما لو وطئ جارية اشتراها على أن البائع بالخيار ، وإنما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لأنه بالهلاك يصير مستوفيا حقه." (١)

"من وقت الرهن ، وإذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك .ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الإجارة فإنها لا تفيد ملك المتعة بحال ، فما أورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة للخدمة ، إلا أنه لا يجب إذا اشتبه عليه لأنه موضع اشتباه لأن ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه أنه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أو لا ، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه ، وبخلاف البيع بشرط الخيار لأنه إنما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لمِلك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة ، وهاهنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة .ثم

---

(١) العناية شرح الهداية، ٧/١٨٠

عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضى للملك وهو قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾ (والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات) لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم) لأن اليد التي كان." (١)

"(وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه ، وإن قال : علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية : ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحدsقوله (وكذا إذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي وقد قدمناه .وقوله (في الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أي لا حد على العبد في ظاهر الرواية (لأن الفعل واحد) فورود الشبهة في أحد الجانبين يكفي لإسقاط الحد عن الآخر .فإن قيل : يشكل هذا بما إذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد .أجيب بأن سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الأهلية للعقوبات وكلامنا فيما إذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فإن ذلك يؤثر في الجانب الآخر." (٢)

"(ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء : إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ، ولأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الاشتباه ، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الملك منعدم حقيقةsقال (ومن زفت إليه غير امرأته) هذا من باب الشبهة في المحل لأن الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك هاهنا ، ولهذا إذا جاءت بولد يثبت النسب ، ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح .قوله (ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف) يعني أنه يقول فيها إن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل لأنه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به إحصانه .ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر إلا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه .." (٣)

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٨١/٧

(٢) العناية شرح الهداية، ١٨٧/٧

(٣) العناية شرح الهداية، ١٨٩/٧

"حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ، ولهذا جاز شهادة الأستاذ له ووضع الزكاة فيه ، لكن الإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس .وأما شهادة الأجير المشترك فمقبولة ؛ لأن منافعه غير مملوكة لأستاذه ، ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة الإجارة .." (١)

"قال (وإذ قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلى المولى إلخ) إذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك ، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون له وارث غير المولى أو لا ، فإن كان الثاني فللمولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أرى في هذا قصاصا .واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه حام حول الدرء بالشبهات ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين إلخ ، وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار ، لأن السببين إذا رجعا إلى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد .وأما إذا رجعا إلى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسألة المستشهد بها فيمكن أن تكون معتبرة ، فإن كان الأول فلا قصاص وإن اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر ، لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية أو الرق ، فإنه على قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا إذا أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته ، وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى (بخلاف الأولى فإن المولى متعين فيها) وإن كان الثاني وهو ما إذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ، ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره ، لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب .وقوله (بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص لأن ملك." (٢)

"باب الوطئ الذي يوجب الحد، والذي لا يوجبه لقيام الشبهة لحديث ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم (الشبهة ما يشبه) الشئ (الثابت وليس بثابت) في نفس الامر (وهي ثلاثة أنواع: شبهة) حكمية (في المحل، وشبهة) اشتباه (في الفعل، وشبهة في العقد) والتحقيق دخول هذه في الاولين وسنحققه (فإن ادعاها) أي الشبهة (وبرهن قبل) برهانه (وسقط الحد وكذا يسقط) أيضا (بمجرد دعواها إلا في)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤٣٧/١٠

(٢) العناية شرح الهداية، ١٤٧/١٥

دعوى (الاكراه) خاصة (فلا بد من البرهان) لانه دعوى بفعل الغير فيلزم ثبوته.بحر (لا حد) بلازم (بشبهة المحل)." (١)

"(و) لا حد أيضا (بشبهة الفعل) وتسمى شبهة اشتباه: أي شبهة في حق من حصل له اشتباه (وإن ظن حله) العبرة لدعوى الظن وإن لم يحصل له الظن، ولو ادعاه أحدهما فقط لم يحدا حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة.نهر (كوطئ أمة أبويه) وأن عليا.شمني (ومعتدة الثلاث) ولو جملة (وأمة امرأته وأمة سيده ووطئ (المرتهن) الامة (المرهونة)." (٢)

"المتلصص ثمة واستبرأها: لم تحل له إجماعا.(والسلب للكل إن لم ينفل) لحديث: ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك فحملنا حديث السلب على التنفيل..قلت: وفي معروضات المفتي أبي السعود: هل يحل وطئ الامام المشتراة من الغزاة الآن حيث وقع الاشتباه في قسمتهم بالوجه المشروع؟ فأجاب: لا توجد في زماننا قسمة شرعية، لكن في سنة ٩٤٨ وقع التنفيل الكلي فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة ابتداء.انتهى.." (٣)

" الموطوءة بشبهة أو زنا (بعقد) فإن كان معه ثلاث زوجات لم يحل له نكاح رابعة حتى تنقضي عدة موطوءته بشبهة أو زنا (أو وطئ) أي : (إن كان معه أربع) زوجات ووطئ امرأة بشبهة أو زنا ، لم يحل له أن يطأ منهن أكثر من ثلاث حتى تنقضي عدة موطوءته بشبهة أو زنا ؛ لئلا يجمع ماءه في أكثر من أربع نسوة (ويتجه لا) إن وطئ (من لا عدة لها لصغر) بشبهة أو زنا ، أي ؛ فلا يمتنع عليه الزيادة على ثلاث غيرها : لأنه إنما منع من الزيادة لعدم العلم ببراءة رحمها ؛ وهذه البراءة متيقنة في الصغيرة ، فلا يمتنع عليه العقد على غيرها ، ولا وطء أربع كن معه حين وطئها ، وهو متجه . (ولا يحل نكاح موطوءة بشبهة في عدتها) كمعتدة من نكاح (إلا من واطئ) لها بشبهة ، فيحل له أن يتزوجها ، لأن منعها من النكاح لإفضائه إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب ، وهو مأمون هنا ؛ لأن النسب كما يلحق في النكاح يلحق في وطء الشبهة ، أشبه ما لو نكح معتدته من طلاق ، ومحل جواز نكاحها لواطئها بالشبهة ، (إن لم تلزمها عدة من غيره) أي : الواطئ ، فإن لزمتها عدة من غيره ؛ فلا يحل له نكاحها حتى تنقضي العدتان كما في ' المحرر ' وغيره . (وليس لحر جمع أكثر من أربع زوجات) ؛ لقوله عليه الصلاة

---

(١) الدر المختار، ١٨٢/٤

(٢) الدر المختار، ١٨٥/٤

(٣) الدر المختار، ٣٣٦/٤

والسلام لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة : أمسك أربعا ، وفارق سائرهن ﴾ . وقال نوفل بن معاوية ﴿ : أسلمت وتحتي خمس نسوة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : فارق واحدة منهن ﴾ رواهما الشافعي في مسنده ' ، وإذا منع من استدامة زيادة على أربع ، فالابتداء أولى وقوله تعالى ﴿ : فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى

---

(١) ".

" . فصل النوع الثاني من المحرمات (النوع الثاني) من المحرمات إلى أمد : المحرمات (لعارض يزول ، فتحرم) عليه (زوجة غيره) لقوله تعالى ﴿ : والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ (و) تحرم (معتدته) أي : غيره لقوله تعالى ﴿ : ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ (و) تحرم (مستبرأة) من غيره ؛ لأنها في معنى المعتدة ؛ لأن تزوجها زمن استبرائها يفضي إلى اختلاط المياه ، واشتباه الأنساب ، وسواء في ذلك المعتدة والمستبرأة من وطء مباح أو محرم كشبهة أو زنا أو من غير وطء كالمتوفى عنها زوجها قبل الدخول ، لعموم ما تقدم (و)كذا تحرم (مرتابة بعد عدة بحمل منه) أي : من الحمل ، فلو وضعت ولدا وشكت في وجود ثان ، لا يصح نكاحها حتى تزول الريبة ويتيقن أنه لم يبق معها حمل (و) تحرم (زانية على زان وغيره حتى تتوب) لقوله تعالى ﴿ : والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ وهو خبر معناه النهي ، والمفهوم قوله تعالى ﴿ : والمحصنات من المؤمنات ﴾ وهن العفائف ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : يوم حنين ﴿ : لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره ﴾ يعني إتيان الحبالى . رواه أبو داود والترمذي وحسنه . فإن كانت الزانية حاملا من الزنا ، لم يحل نكاحها قبل الوضع ؛ لما سبق وتوبتها (بأن تراود) على الزنا (فتمنع) منه ؛ لما روي أنه قيل لعمر : كيف تعرف توبتها ؟ قال : يراودها على ذلك ، فإن طاوعته ، فلم تتب ، وإن أبت فقد تابت ، فصار أحمد إلى قول

---

(٢) ".

---

(١) مطالب أولي النهى، ١٠٦/٥

(٢) مطالب أولي النهى، ١٠٩/٥

" معه في منزل الغير ؛ فمقتضاه أنه لا يحد ؛ لجواز الاشتباه وهو متجه (أو) وطيء أمة (ظن أن له فيها شركاء أو لولده فيها شركاء) فلا حد أو دعى ضرير إمرأته أو أمته فأجابه غيرها فوطئها ؛ فلا حد ؛ لاعتقاده إباحة الوطء فيما يعذر فيه مثله (أشبه من أدخل عليه غير امرأته بخلاف ما لو دعى محرمة عليه فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة ؛ فعليه الحد سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة أو لم يكن لأنه لا يعذر بهذا أشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه فبان أجنبيا (أو جهل) زان (تحريمه) ؛ أي : الزنا وكان يحتمل أن يجهله (لقرب إسلامه أو نشوه ببادية بعيدة) عن القرى والأمصار ويقبل قوله ولا يحد لأنه يجوز أن يكون صادقا وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشئ بين المسلمين وأهل العلم وادعى جهل تحريم ذلك ؛ لم يقبل منه ؛ لأن تحريم الزنا لا يخفي على من هو كذلك فقد علم كذبه (أو) ادعى جهل (تحريم نكاح باطل إجماعا ومثله يجهله) بأن لا يكون فقيها فلا يحد ؛ لأن عمر قبل قبول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة ولأن مثل هذا يجهل كثيرا ويخفى على غير أهل العلم (أو ادعى) واطئ امرأة (أنها زوجته وأنكرت) زوجيته ؛ فلا يحد لأن دعواه ذلك شبهة تدرأ الحد عنه ؛ لاحتمال صدقه وللترمذي من حديث عائشة مرفوعا : ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الامام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة وللدارقطني عن ابن مسعود ومعاذ ابن جبل وعقبة بن عامر : (إذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت (فإن أقرت هي) أربع مرات (أنه زنا) بها مطاوعة عالمة بتحريمه (حدت) وحدها ولا مهر نصا مؤاخذة لها بإقرارها . | (ويحد) مكلف (بوطء في نكاح باطل) [إجماعا مع علمه] ببطلان

---

(١) ".

"القاعدة السادسة : ﴿ الحدود تدرأ بالشبهات ﴾وهو حديث رواه الأسيوطي ، معزيا إلى ابن عدي من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ،وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ﴿ ادفعوا الحدود ما استطعتم ﴾ ،وأخرج الترمذي ، والحاكم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ﴿ ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلمين مخرجا فخلوا سبيلهم ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة ﴾وأخرج الطبراني عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفا (ادرءوا الحدود والقتل عن عباد الله ما استطعتم)وفي فتح القدير : أجمع فقهاء الأمصار على

---

(١) مطالب أولي النهى، ١٨٥/٦

أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحديث المروي في ذلك متفق عليه ، وتلقته الأمة بالقبول .والشبهة ما يشبه الثابت ، وليس بثابت ، وأصحابنا رحمهم الله قسموها إلى شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة الاشتباه ، وإلى شبهة في المحل ؛ فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل ، والحرمة فظن غير الدليل دليلا فلا بد من الظن ، وإلا فلا شبهة أصلا .كظنه حل وطء جارية زوجته أو أبيه أو أمه أو جده ، وإن علا ، ووطء المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال ، والمختلعة أو أم الولد إذا أعتقها ، وهي في العدة ، ، ووطء العبد جارية مولاه ، والمرتهن في حق المرهونة في رواية ، ومستعير الرهن كالمرتهن .ففي هذه المواضع لا حد إذا قال : ظننت أنها تحل لي ، ولو قال : علمت أنها حرام علي وجب الحدولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع ، لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمةوالشبهة في المحل في ستة مواضع :جارية ابنه ، والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات ، والجارية المبيعة إذا ، وطئها البائع قبل تسليمها إلى المشتري ، والمجعولة مهرا إذا وطئها الزوج قبل تسليمها إلى الزوجة ، والمشتركة بين الواطئ وغيره ، والمرهونة إذا وطئها المرتهن في رواية كتاب الرهن ، وعلمت أنها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد ، وإن قال : علمت أنها علي حرام ؛ لأن المانع هو الشبهة في نفس الحكم .ويدخل في النوع الثاني : وطء جارية عبده المأذون المديون ، ومكاتبه ، ووطء البائع." (١)

"آيات كفت عن التلاوة ؛ لحصول المقصود ، وهو التعظيم ، وكذا لو ركع لها فورا أجزأت قياسا ، وهذه من المواضع التي يعمل فيها بالقياس كما بيناه في شرح المنار .وكذا لو تلا آية ، وكررها في مجلس واحد اكتفى بسجدة واحدة ، ولو تعدد السهو في الصلاة لم يتعدد الجابر ، بخلاف الجابر في الإحرام فإنه يتعدد بتعدد الجناية إذا اختلف جنسها ؛ لأن المقصود بسجود السهو رغم أنف الشيطان ، وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة ، والمقصود في الثاني جبر هتك الحرمة ، فلكل جبر ، فاختلف المقصودولو زنى أو شرب أو سرق مرارا كفى حد واحد سواء كان الأول موجبا ؛ لما أوجبه الثاني أو لا فلو زنى بكرا ثم ثيبا كفى الرجم ، ولو قذف مرارا واحدا أو جماعة ، في مجلس أو مجالس كفى حد واحد ، بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى فإنه يحد ثانيا ، ولو زنى وشرب ، وسرق أقيم الكل ؛ لاختلاف الجنس ، ولو وطئ في نهار رمضان مرارا لم يلزم بالثاني وما بعده شيء .ولو في يومين فإن كانا من رمضانين تعددت ، وإلا فإن كفر للأول تعددت ، وإلا اتحدت ، ولو قتل المحرم صيدا في الحرم فعليه جزاء واحد للإحرام ؛ لكونه أقوى ، ولو لبس المحرم ثوبا مطيبا فعليه فديتان ؛ لاختلاف الجنس ، ولذا قال الزيلعي في قول الكنز

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/١٢٧

(أو خضب رأسه بحناء) : هذا إذا كان مائعا ، وأما إذا كان ملبدا فعليه دمان : دم للطيب ، ودم لتغطية الرأس (انتهى) .ويتعدد الجزاء على القارن فيما على المفرد به دم ؛ لكونه محرما بإحرامين عندنا ، وقولهم : إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم .استثناء منقطع ؛ لأنه حالة المجاوزة لم يكن قارنا ولو تكرر الوطء بشبهة ، واحدة ، فإن كانت شبهة ملك لم يجب إلا مهر واحد ؛ لأن الثاني صادف ملكه ، وإن كانت شبهة اشتباه ، وجب لكل وطء مهر ؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير ، فالأول كوطء جارية ابنه أو مكاتبه ، والمنكوحة فاسدا ، ومن الثاني كوطء أحد الشريكين الجارية المشتركةلو وطئ مكاتبة مشتركة مرارا اتحد في نصيبه لها ، وتعدد في نصيب شريكه ، والكل لها ولا يتعدد في الجارية المستحقة ، كذا في الظهيرية .ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد ، والقيمة لاختلافهما ، ولو زنى بحرة فقتلها وجب الحد مع." (١)

"عزل نفسه .وأما الولاية على مال اليتيم بالوصاية ؛ فإن كان وصي الميت فهي لازمة بعد موت الموصي ؛ فلا يملك القاضي عزله إلا بخيانة أو عجز ظاهر .ومن جانب الوصي ؛ فلا يملك الوصي عزل نفسه إلا في مسألتين ذكرناهما في وصايا الفوائد ، وإن كان وصي القاضي فلا ، لأن للقاضي عزله كما في القنية ، وله عزل نفسه بحضرة القاضي ، وقد ذكرنا التولية على الأوقاف في وقف الفوائدتقسيم : في العقود : البيع نافذ وموقوف ولازم وغير لازم وفاسد وباطلوضبط الموقوف في الخلاصة في خمسة عشر ، وزدت عليها ثمانية : تكميل : الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك ، لكن قالوا : نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ فلا حد ، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد ، وفي جامع الفصولين : نكاح المحارم ؛ قيل باطل وسقط الحد لشبهة الاشتباه ، وقيل فاسد وسقط الحد لشبهة العقد (انتهى) .وأما في البيع ، فمتباينان فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه ، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض ، وحكم الثاني أنه يملك به .وأما في الإجارة فمتباينان ؛ قالوا لا يجب الأجر في الباطلة ، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك ، ويجب أجر المثل في الفاسدة ، وأما في الرهن فقال في جامع الفصولين : فاسده يتعلق به الضمان ، وباطله لا يتعلق به الضمان بالإجماع ، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله ، ومن الباطل : لو رهن شيئا بأجر نائحة أو مغنية ، وأما في الصلح فقالوا : من الفاسد الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدةوالصلح الباطل : الصلح عن الكفالة والشفعة وخيار العتق وقسم المرأة وخيار الشرط وخيار البلوغ ؛ ففيها يبطل

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/١٣٣

الصلح ويرجع الدافع بما دفع كذا في جامع الفصولين .وأما في الكفالة فقال في جامع الفصولين : إذا ادعى بحكم كفالة فاسدة رجع بما." (١)

"""""""" صفحة رقم ١١٨ """""""نقصت عن مهل المثل لا تجب الزيادة عليهما لعدم التسمية ، وإن زادت لا تجب الزيادةلفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فيتقدربدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط في إثباته ، وأول مدته وقت الدخول ،بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح داع إلى الوطء فأقيمالعقد مقامه ، والفاسد ليس بداع لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدةاحتياطا وتحرزا عن اشتباه النسب ، وأولها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهةإنما ترتفع بالتفريق .فصل(وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر ؛ أو علىهذا العبد فإذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أماالخمر والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ،وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدم . وأما الدن فكذلك عند أبيحنيفة ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمر ، وقالا : لهامثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مر .وقال أبو يوسف : يجب فيه مثل قيمته لو كان عبدا لأنه أطعمها في مال وقد عجز عنتسليمه فيجب قيمته أو مثله كما إذا تزوجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثللأن الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمىموجود في المشار إليه ذاتا ، ألا يرى أنه لو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضرانعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقدبالمسمى لأنه ليس موجودا فيه لا ذاتا ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوتفإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحر جنس واحدفيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوجها على حر فيلزمه مهر المثل . أما الخل والخمر جنسانلتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخل فيلزمه ؛ وأما إذا تزوجها علىخدمته سنة ، أو تعليم القرآن فمذهبهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته لأنهمال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فإنه تجبالقيمة .." (٢)

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٣٣٧

(٢) الاختيار لتعليل المختار، ٣/١١٨

"""""""" صفحة رقم ١٨٨ """""""(وفي الصغر والإياس شهر ونصف) لأن الرق منصف إلا أن الحيضة لا تتجزئ فكملتاحتياطا ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا . أما الشهرفيتجزئ فجعلناه شهرا ونصفا (وعدتها في الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدة الكلفي الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى :) وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ([الطلاق : ٤] ولأن المقصود التعرف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولا شغلبعد وضعه ، وإليه الإشارة بقول عمر رضي الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريرهالانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه : من شاء باهلته أنسورة النساء القصرى : يعني سورة الطلاق قوله تعالى :) وأولات الأحمال أجلهن أنيضعن حملهن (نزلت بعد التي في سورة البقرة : يعني) والذين يتوفون منكم ويذرون ([البقرة : ٢٣٤] الآية ؛ وإن أسقطت سقطا استبان بعض خلقه انقضت العدة وإلا فلا لأنه إذااستبان فهو ولد ، وإذا لم يستبن جاز أن يكون ولدا وغير ولد فلا تنقضي العدة بالشك .قال : (ولا عدة في الطلاق قبل الدخول) لقوله تعالى فيه :) فما لكم عليهن من عدةتعتدونها ([الأحزاب : ٤٩] .قال : (ولا على الذمية) وقد مر في النكاح ، ولا عدة في نكاح الفضولي قبلالإجازة ، لأن النسب لا يثبت فيه لأنه موقوف فلم ينعقد في حق حكمه فلا يورث شبهةالملك والحل ، والعدة وجبت صيانة للماء المحترم عن الخلط واحترازا عن اشتباهالأنساب .قال : (وعدة أم الولد من يموت سيدها والإعتاق ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر) إن كانتممن لا تحيض لما روي أن مارية القبطية أم ولد رسول الله عليه الصلاة والسلام اعتدت بعدوفاته بثلاثة أقراء ولم ينكر عليها أحد من الصحابة رضي الله عنهم ، فأما أنها نقلته عنالنبي عليه الصلاة والسلام ، وإما أن يكون إجماعا منهم ، وكل ذلك حجة . وعن عمر رضيالله عنه أنه قال : عدة أم الولد ثلاث حيض ، ولو زوجها المولى ثم مات فلا عدة عليهالأن الفراش انتقل إلى الزوج ، فإن طلقها الزوج وانقضت عدتها ثم مات المولى فعليها العدةلأن الفراش عاد إليه وقد زال بالموت .." (١)

"""""""" صفحة رقم ٩٤ """""""وإنما الإحصان شرط محض (وكذلك إن كان بينهما ولد معروف) لأنه دليل ظاهر علىالدخول في النكاح الصحيح وذلك يثبت به الإحصان ؛ ويكفي في الإحصان أن يقول الشهوددخل بها . وقال محمد : لا بد أن يقولوا باضعها أو جامعها ، لأن الدخول مشترك فلا يثبتالإحصان بالشك . ولهما أن الدخول متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء لا يراد به إلاالجماع . قال تعالى :) فإن لم تكونوا دخلتم بهن ([النساء : ٢٣] والمراد الجماع ، ولو دخلبامرأة ثم طلقها وقال وطئها وأنكرت

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١٨٨/٣

صار محصنا ولا تكون محصنة لجحودها ، وكذا لوقالت بعد الطلاق : كنت نصرانية ، وقال : كنت حرة مسلمة ، وإذا كان أحدهما محصنا دونالآخر خص كل واحد بحده ، لأن جناية أحدهما أخف والآخر أغلظ ، فإذا اختلفا في الجنايةاختلفا في موجبها ضرورة .فصل(ومن وطئ جارية ولده وإن سفل وقال : علمت أنها علي حرام ، أو وطئ جارية أبيهوإن علا أو أمه أو زوجته أو سيده أو معتدته عن ثلاث وقال : ظننت أنها حلال لم يحد ؛ ولوقال : علمت أنها حرام حد ؛ وفي جارية الأخ والعم يحد بكل حال) والأصل في ذلكقوله (صلى الله عليه وسلم) : ' ادرؤوا الحدود بالشبهات ' .ثم الشبهة أنواع : شبهة في المحل ، وشبهة في الفعل ، وهي شبهة الاشتباه ، وشبهة فيالعقد . أما الشبهة في المحل فهو أن يطأ جارية ابنه أو عبده المأذون المديون أو مكاتبه ، أووطئ البائع الجارية المبيعة بيعا فاسدا قبل القبض وبعده ، أو كان بشرط الخيار ، أو وطئالجارية التي جعلها صداقا قبل التسليم ، أو وطئ المبانة بالكنايات في عدتها ، أو وطئالجارية المشتركة فإنه لا يجب الحد في جميع هذه الصور . وإن قال : علمت أنها حرام لأنالشبهة في الملك وهو المحل موجودة سواء علم بالتحريم أو لم يعلم . وأما شبهة الفعلففيما إذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو جارية زوجته والمطلقة ثلاثا أو على مال في العدة أو أمولده بعد العتق في العدة أو جارية مولاه ، والمرتهن يطأ جارية الرهن في إحدى الروايتين ،وفي رواية يجب الحد .." (١)

"""""""" صفحة رقم ٩٥ """""""فإن قال ظننت أنها حلال لا حد عليه ، وإن قال : علمت أنها حرام حد لأنه ظن أنالفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بماله ، أو له نوع حق في المحل ببقاء العدة فظن أن ذلكيبيح وطأها فكان ظنه مستندا إلى دليل فكان شبهة في درء الحد إذا ادعى الحل ، وبدونالدعوى انعدمت الشبهة ولا يثبت النسب وإن ادعاه لأنه زنا محض ، لأن سقوط الحد لاشتباهالأمر عليه لا للشبهة في نفس الأمر ، فإن حضرا فقال أحدهما : ظننت أنه حلال لا حد علىواحد منهما حتى يقرا جميعا بالحرمة ، لأن أحدهما إذا ادعى الشبهة خرج فعله عن أن يكونزنا فخرج فعل الآخر فسقط الحد عنهما ، ولو وطئ الجارية المستأجرة أو المستعارة أوجارية أخيه أو عمه أو ذي رحم محرم غير الولاد حد في الوجهين جميعا لأنه لم يستند ظنهإلى شبهة صحيحة لأنه لا يحل له الانتفاع بمال هؤلاء ، وملك المنفعة لا يكون سببا لملكالمتعة بحال .وأما شبهة العقد بأن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة بغير إذن مولاها أوتزوج العبد بغير إذن مولاه ، أو أمة على حرة لا حد عليه ؛ ولو تزوج مجوسية أو خمسةفي عقدة ، أو جمع بين أختين أو تزوج بمحارمه فوطئها فإنه لا يحد عند أبي حنيفةرحمه الله ، وإن قال علمت أنها علي حرام .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٤/٩٤

وعندهما يحد إذا كان عالما بالحرمة لأنهعقد لم يصادف محله ، لأن محله ما يثبت فيه حكمه ، وحكمه الحل وهو غير ثابتبالإجماع فصار كإضافة العقد إلى الذكر . ولأبي حنيفة أنه عقد صادف محله ، لأن محلهما هو صالح لحصول المقصود ، والمقصود من النكاح التوالد والتناسل والأنثى منالآدميات قابلة لذلك ، وقضيته ثبوت الحل أيضا إلا أنه تقاعد عنه فأورث شبهة وأنهاتكفي لسقوط الحد إلا أنه يجب عليه التعزير ويوجع عقوبة لأنه ارتكب جناية ليس فيهاحد مقدر فيعزر .قال : (ولو استأجر امرأة ليزني بها وزنى بها أو وطئ أجنبية فيما دون الفرج ، أولاط فلا حد عليه ويعزر) وقالا : يحد في المسائل كلها . لهما في الإجارة أن منافعالبضع لا تملك بالإجارة فصار وجود الإجارة وعدمها سواء ، فصار كأنه وطئها من غيرشرط . وله ما روي أن امرأة استسقت راعيا لبنا فأبى أن يسقيها حتى تمكنه من نفسهاففعلت ، ثم رفع الأمر إلى عمر رضي الله عنه ، فدرأ الحد عنهما وقال ذلك مهرها ،ولأن الإجارة تمليك المنافع ، ومنافع البضع منافع فأورث شبهة وصار كالمتعة . ولهما فياللواطة أنها كالزنا لأنها قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال وقد تمحضحراما فيجب الحد كالزنا ، والصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على وجوب الحد فيها ،لكن اختلفوا فيه .." (١)

"صرح بالكراهة في الجامع الصغير ولم يفصل فاختلف المشايخ في سببها فقيل كونه يصير ممتازا عنهم في المكان لأنه في معنى بيت آخر وذلك صنيع أهل الكتاب

واقتصر عليه في الهداية واختاره الإمام السرخسي وقال إنه الأوجه

وقيل اشتباه حاله على من على يمينه ويساره فعلى الطريقة الأولى يكره مطلقا وعلى الثانية لا يكره عند عدم الاشتباه

وفي فتح القدير ولا يخفي أن امتياز الإمام مقرر مطلوب في الشرع في حق المكان حتى كان التقدم واجبا عليه وغاية ما هنا كونه في خصوص مكان ولا أثر لذلك لأنه يحاذي وسط الصف وهو المطلوب إذ قيامه في غير محاذاته مكروه وغايته اتفاق الملتين في بعض الأحكام ولا بدع فيه على أن أهل الكتاب إنما يخصون الإمام بالمكان المرتفع على ما قيل فلا تشبه اه

وقد يقال إن امتياز الإمام المطلوب في الشرع حاصل بتقدمه من غير أن يقف في مكان آخر فمتى أمكن تمييزه من غير تشبه بأهل الكتاب تعين فحينئذ وقوفه في المحراب تشبه بأهل الكتاب لغير حاجة فكره مطلقا ولهذا قال الولوالجي في فتاواه وصاحب التجنيس إذا ضاق المسجد بمن خلف الإمام على

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٩٥/٤

القوم لا بأس بأن يقوم الإمام في الطاق لأنه تعذر الأمر عليه وإن لم يضق المسجد بمن خلف الإمام لا ينبغي للإمام أن يقوم في الطاق لأنه يشبه تباين المكانين اه

يعني وحقيقة اختلاف المكان تمنع الجواز فشبهة الاختلاف توجب الكراهة وهو وإن كان المحراب من المسجد كما هي العادة المستمرة فصورته وهيئته اقتضت شبهة الاختلاف

فالحاصل أن مقتضى ظاهر الرواية كراهة قيامه في المحراب مطلقا سواء اشتبه حال الإمام أو لا وسواء كان المحراب من المسجد أم لا

وإنما لم يكره سجوده في المحراب إذا كان قدماه خارجه لأن العبرة للقدم في مكان الصلاة حتى تشترط طهارته رواية واحدة بخلاف مكان السجود إذ فيه روايتان

وكذا لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بوضع القدمين وإن كان باقي بدنه خارجها والصيد إذا كان رجلاه في الحرم ورأسه خارج منه فهو صيد الحرم ففيه الجزاء

قوله (وانفراد الإمام على الدكان وعكسه) أما الأول فلحديث الحاكم مرفوعا نهى رسول الله أن يقوم الإمام فوق ويبقى الناس خلفه

وعللوه بأنه تشبه بأهل الكتاب فإنهم يتخذون لإمامهم دكانا

أطلقه فشمل ما إذا كان الدكان قدر قامة الرجل أو دون ذلك وهو ظاهر الرواية

وصححه في البدائع لإطلاق النهي وقيده الطحاوي بقدر القامة ونفى الكراهة فيما دونه

وقال قاضيخان في شرح الجامع الصغير إنه مقدر بذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد وفي غاية البيان وهو الصحيح وفي فتح القدير وهو المختار لكن قال الأوجه الإطلاق وهو ما يقع به الامتياز لأن الموجب وهو شبه الإزدراء يتحقق فيه غير مقتصر على قدر الذراع اه

فالحاصل أن التصحيح قد اختلف والأولى العمل بظاهر الرواية وإطلاق الحديث وأما عكسه وهو انفراد القوم على الدكان بأن يكون الإمام أسفل فهو مكروه أيضا في ظاهر الرواية

وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه لا يكره لأن الموجب للكراهة التشبه بأهل الكتاب ولا تشبه هنا (((هناك))) لأن مكان إمامهم لا يكون أسفل وجواب ظاهر الرواية أقرب إلى الصواب لأن كراهة كون المكان أرفع كان معلولا بعلتين التشبه بأهل الكتاب ووجود بعض المفسد وهو اختلاف المكان وههنا وجدت إحدى العلتين وهي وجود بعض المخالفة

كذا في البدائع

ومن المشايخ من علل الكراهة في الثانية بما في ذلك من شبه الإزدراء بالإمام ولعله أولى وعلى ما ذكره الطحاوي من عدم الكراهة مشى قاضيخان في فتاواه وعزاه إلى النوادر وقال

." (١)

"تقديره في أكل السحور بركة بناء على ضبطه بضم السين جمع سحر فأما على فتحها وهو الأعرف في الرواية فهو اسم للمأكول في السحر كالوضوء بالفتح ما يتوضأ به

وقيل يتعين الضم لأن البركة ونيل الثوب (((الثواب))) إنما يحصل بالفعل لا بنفس المأكول

كذا في فتح القدير

ومحل الاستحباب ما إذا يتيقن بقاء الليل أو غلب على ظنه أما إذا شك فالأفضل أن لا يتسحر تحرزا عن المحرم ولم يجب عليه ذلك ولو أكل فصومه تام لأن الأصل هو الليل

كذا في الهداية

وفي الفتاوى الظهيرية وإذا تسحر ثم ظهر أن الفجر طالع أثم وقضى اه

وهو بإطلاقه يتناول ما إذا غلب على ظنه بقاؤه فتسحر ثم تبين خلافه فإنه يأثم

وفي البدائع وهل يكره الأكل مع الشك روى هشام عن أبي يوسف أنه يكره وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا يكره والصحيح قول أبي يوسف

وعنالهندواني أنه إذا ظهر علامات الطلوع من ضرب الدبادب والأذان يكره وإلا فلا ولا تعويل على ذلك لأنه مما يتقدم ويتأخر اه

والسنة في السحور التأخير لأن معنى الاستعانة فيه أبلغ وكذا تعجيل الفطر كذا في البدائع

والتعجيل المستحب التعجيل قبل اشتباك النجوم ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير

ولم أر صريحا في كلامهم أن الماء وحده يكون محصلا لسنة السحور وظاهر الحديث يفيده وهو ما رواه أحمد عن أبي سعيد مسندا السحور كله بركة فلا تدعوه ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء فإن الله وملائكته يصلون على المتسحرين (١) والبركة في الحديث لغة الزيادة والنماء والزيادة فيه على وجوه زيادة في القوة على أداء الصوم وزيادة في إباحة الأكل واشرب (((والشرب))) وزيادة على الأوقات التي يستجاب فيها الدعاء كذا اذكره الكلاباذي وبينها في غاية البيان

---

(١) البحر الرائق، ٢٨/٢

وفي البزازية ويستحب تعجيل الإفطار إلا في يوم غيم ولا يفطر ما لم يغلب على ظنه غروب الشمس وإن أذن المؤذن اه

وذكر قبله شهدا أنها غربت وآخران بأنها لم تغرب وأفطر ثم بان عدم الغروب قضى ولا كفارة عليه بالاتفاق

شهدا على طلوع الفجر وآخر أن على عدم الطلوع فأكل ثم بان الطلوع قضى وكفر وفاقا لأن البينات للإثبات لا للنفي حتى قبل شهادة المثبت لا النافي

ولو واحد على طلوعه وآخر أن على عدمه لا كفارة عليه

دخلوا عليه وهو يتسحر فقالوا إنه طالع فصدقهم فقال إذن أنا مفطر لا صائم ثم دام على الأكل ثم بان أنه ما كان طالعا في أول الأكل وطالعا وقت الأكل الثاني قالالنسفي الحاكم لا كفارة عليه لعدم نية الصوم وإن كان المخبر واحدا عليه الكفارة لأن خبر الواحد عدلا أولا في مثل هذا لا يقبل اه

وإنما لم تجب الكفارة بإفطاره عمدا بعد أكله أو شربه أو جماعه ناسيا لأنه ظن في موضع الاشتباه بالنظير وهو الأكل عمدا لأن الأكل مضاد للصوم ساهيا أو عامدا فأورث شبهة

وكذا فيه شبهة اختلاف العلماء فإن مالكا يقول بفساد قوم (((صوم))) من أكل ناسيا وأطلقه فنشمل ما إذا علم بأنه لا يفطر بأن بلغه الحديث أم الفتوى أولا وهو قولأبي حنيفة وهو الصحيح لأن العلماء اختلفوا في قبول الحديث فإن فقهاء المدينة كما لك وغيره لم يقبلوه فصار شبهة لأن قول الشافعي إذا كان موافقا للقياس يكون شبهة كقول الصحابي وكذا لو ذرعه القيء فظن أنه يفطره فأفطر لا كفارة عليه لوجود شبهة الاشتباه بالنظير فإن القيء والاستقاء متشابهان لأن مخرجهما من الفم

وكذا لو احتلم للتشابه في قضاء الشهوة وإن علم أن ذلك لا يفطره فعليه الكفارة لأنه لم توجد شبهة الاشتباه ولا شبهة الاختلاف

وقيد بالنسيان لأنه لو احتجم أو اغتاب فظن أنه يفطره ثم أكل إن لم يستفت فقيها ولا بلغه الخبر فعليه الكفارة لأنه مجرد جهل وأنه ليس بعذر في دار الإسلام وإن استفتى فقيها لا كفارة عليه لأن العامي يجب عليه تقليد العالم إذا كان يعتمد على فتواه فكان معذورا فيما صنع وإن كان المفتي مخطئا فيما أفتى وإن لم يستفت ولكن بلغه الخبر وهو قوله عليه

." (١)

"أن تأخذ الأب لبطلان حقها من العين إلى القيمة بالقضاء

وإذا ملكه الزوج في الفصل الأول لا تملكه المرأة إلا بالقضاء أو بتسليم الزوج إليها ويجوز تصرف الزوج فيه قبل القضاء للمرأة أو التسليم إليها

كذا في الظهيرية

وللاحتراز عما إذا وجدت المسمى أزيد أو أنقص قال في الظهيرية والمحيط لو تزوجها على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر قال محمد يعطيها عشرة منها أيتها (((أيها))) شاء

وقال أبو حنيفة إن كان مهر مثلها مثل أجود العشرة أو زيادة فلها أجود العشرة وهو الأصح وعليه الفتوى

ولو وجدت الثياب تسعة قال محمد لها تسعة وتمام مهر مثلها إن كان أكثر من قيمة التسعة

وقال أبو حنيفة لها التسعة لا غير وهو بمنزلة ما لو تزوج امرأة على هذين العبدين فإذا أحدهما حر

ولو تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة فلها تسعة وثوب آخر هروي وسط بالإجماع

والفرق أن في الأولى ذكر الثياب مطلقة والثوب المطلق مما لا يجب مهرا إذا لم يكن مشارا إليه والثوب العاشر لم يكن مشارا إليه فلا يجب وفي الثانية ذكر الثياب موصوفة بكونها هروية والثوب الهروي يصلح مهرا وإن لم يكن معينا ا هـ

وقد بسطه في فتح القدير

قوله (وفي النكاح الفاسد إنما يجب مهر المثل بالوطء) لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فهي غير صحيحة كالخلوة بالحائض فلا تقام مقام الوطء وهذا معنى قول المشايخ الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح كذا في الجوهرة وفيه مسامحة لفاسد (((لفساد))) الخلوة

---

(١) البحر الرائق، ٣١٥/٢

والمراد بالنكاح الفاسد النكاح الذي لم تجتمع شرائطه كتزوج الأختين معا والنكاح بغير شهود ونكاح الأخت في عدة الأخت ونكاح المعتدة والخامسة في عدة الرابعة والأمة على الحرة ويجب على القاضي التفريق بينهما كيلا يلزم ارتكاب المحظور اغترارا (((واغترارا))) بصوره العقد كما في غاية البيان

وذكر في المحيط من باب نكاح الكافر ولو تزوج ذمي مسلمة فرق بينهما لأنه وقع فاسدا ا هـ

فظاهره أنهما لا يحدان وأن النسب يثبت فيه والعدة وإن دخل بها وإنما وجب المهر في الفاسد بالوطء عملا بحديث السنن أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات

فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلا للمهر في كل نكاح فاسد بعد حملنا له على الصغيرة والأمة كما قدمناه

وفي الظهيرية باع جارية بيعا فاسدا وقبضها المشتري ثم تزوجها البائع لم يجز ا هـ

ولو وطئها الظاهر أن لا مهر عليه فإن المشتري لو وطىء الجارية المبيعة فاسدا يجب المهر عليه في أصح الروايتين كما في الظهيرية

وأشار بمهر المثل إلى أن المسمى فيه ليس بمعتبر من كل وجه ولذا قال في الظهيرية ولو تزوج امرأة على خادم بعينها نكاحا فاسدا ودفع الخادم إليها فأعتقها قبل الدخول فالعتق باطل وإن أعتقها بعد الدخول فالعتق جائز ا هـ

وهكذا في الخانية وظاهره أنه لو لم يدفعها إليها فالعتق باطل مطلقا وهو الظاهر لأنه بالدفع تعين لمهر المثل في المدفوع وحكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل

وما في الاختيار من كتاب العدة أنه لا تجب العدة في النكاح الموقوف قبل الإجازة لأن النسب لا يثبت فيه غير صحيح لما ذكرناه

وذكره الشارح الزيلعي في شرح قوله ويثبت النسب والعدة

وأفاد المصنف بإطلاقه أنه لا يجب بالجماع فيه ولو تكرر إلا مهر واحد ولا يتكرر المهر بتكرر الوطء والأصل فيه أن الوطء متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا لم يجب إلا مهر واحد لأن الوطء الثاني صادف ملكه كالوطء في النكاح الفاسد وكما لو وطىء جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو وطىء منكوحته ثم بان أنه حلف بطلاقها أو وطىء جارية ثم استحقت ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مرارا فإنه يجب بكل

". (١)

"مضمون فيه المبيع

الثالث الإجارة الفسادة (((الفاسدة))) والواجب أجر المثل والعين أمانة في يد المستأجر

الرابع الرهن الفاسد وهو رهن المشاع وللراهن نقضه ولو هلك في يد المرتهن هلك أمانة عند الكرخي وفي الجامع الكبير ما يدل على أنه كالرهن الجائز

الخامس الصلح الفاسد لكل نقضه

السادس القرض الفاسد وهو بالحيوان أو ما كان متفاوتا ومع هذا لو استقرض وباع صح البيع

السابع الهبة الفاسدة وأنها مضمونة بالقيمة يوم القبض ولا تفيد الملك الثامن المضاربة الفسادة (((الفاسدة))) والمال أمانة في يد المضارب

التاسع الكتابة الفاسدة والواجب فيها الأكثر من المسمى ومن القيمة

والعاشر المزارعة الفاسدة والخارج منها لصاحب البذر وعليه مثل أجرة العامل إن كانت الأرض لرب البذر ويطيب له وإن كان البذر من العامل فعليه أجرة مثل الأرض والخارج له

ا هـ

قوله (ولم يزد على المسمى) أي لم يزد مهر المثل على المسمى لأنها لم تسم الزيادة فكانت راضية للحط مسقطة حقها في الزيارة (((الزيادة))) إلى تمامه حيث لم تسم تمامه لا لأجل أن التسمية صحيحة من وجه لأن الحق أنها فاسدة من كل وجه لوقوعها في عقد فاسد ولهذا لو كان مهر المثل أقل من المسمى وجب مهر المثل فقط

وفي الظهيرية ولو زوج أحد المولبين أمته ودخل بها الزوج فللآخر النقض فإن نقض فله نصف مهر المثل وللمزوج الأقل من نصف مهر المثل ومن نصف المسمى ا هـ

فعلى هذا يعطى هذا العقد حكم الفاسد بالنسبة إلى المزوج وحكم العدم بالنسبة إلى غيره

وأشار إلى أن المسمى معلوم ولذا لا يزاد عليه فلو كان المسمى مجهولا وجب مهر المثل بالغا ما بلغ اتفاقا كما إذا لم يكن فيه تسمية أصلا وظاهر كلامهم أن مهر المثل لو كان أقل من العشرة فليس لها إلا مهر المثل بخلاف النكاح الصحيح إذا وجب فيه مهر المثل فإنه لا ينقص عن عشرة

(١) البحر الرائق، ١٨١/٣

وفي الخانية لو تزوج محرمه لأحد عليه في قول أبي حنيفة وعليه مهر مثلها بالغا ما بلغ ا هـ

فإن كان النكاح باطلا فظاهر وإن كان فاسدا فهي مستثناة وقد نقل الاختلاف في جامع الفصولين فقيل باطل عنده وسقوط الحد لشبهة الاشتباه وقيل فاسد وسقطوه (((وسقوطه))) لشبهة العقد ا هـ

ولم يذكر للاختلاف ثمرة قوله (ويثبت النسب) أي نسب المولود في النكاح الفاسد لأن

". (١)

"لا معنى لكونه واجبا في نفس الأمر لأنه يكفيه فيما بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب على الإمام إقامة الحد ا هـ

وهو مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي جاء بها القرآن ويمد في لغة نجد والمرد (((والمراد))) بالملك هنا الأعم من ملك العين ومن ملك حقيقة الاستمتاع ودخل تحت شبهة الملك حق الملك وشبهة النكاح وشبهة الاشتباه وقد فصلها في البدائع فقال العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعا ا هـ

وفي الظهيرية والذي يجن ويفيق إذا زنا في حال إفاقته أخذ بالحد وإن قال زنيت في حال جنوني لا يحد كالبالغ إذا قال زنيت في حال الصبا

قوله (ويثبت بشهادة أربعة بالزنا لا بالوطء والجماع) أي يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة أربعة من الرجال يشهدون بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لقوله تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ النساء ١٥ وقال تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ النور ٤ وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك

ولأن في اشتراط الأربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب إليه بقوله عليه السلام من ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة (١) والإشاعة ضده

فعلى هذا فالشهادة بالزنا خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزية لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهته (((وكراهة))) التنزية في جانب الترك ويجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد بالزنا ولم يتهتك به أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى

---

(١) البحر الرائق، ١٨٣/٣

من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض عن المعاصي والفواحش وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم فإذا أظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم مبالاته فإخلاء الأرض حينئذ بالحدود وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي

وأداء الشهادة بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وسيأتي في الشهادات أنه لا بد من الذكورة في الشهود لإدخال التاء في العدد في المنصوص

وأطلقهم فشمل ما إذا كان الزوج أحدهم خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصا إذا كان له منها أولاد

وقيده في الظهيرية بأن لا يكون الزوج قذفها فلو كان قد قذفها وشهدا (((وشهد))) بالزنا ومعه ثلاثة حد الثلاثة للقذف وعلى الزوج اللعان لأن شهادة الزوج لم تقبل لمكان التهمة لأنه بشهادته يسعى في دفع اللعان عن نفسه اه

فعلى هذا لو قال بعض الشهود إن فلانا فد (((قد))) زنى أو قال له زنيت ثم جاء وشهد عند القاضي لا تقبل شهادته لما ذكر في الزوج

وفي المحيط ولو شهدوا على المرأة أحدهم زوجها بالزنا بابن زوجها مطاوعة لا تجوز شهادة الزوج دخل بها أو لم يدخل لوجود التهمة لأنه ربما يريد إسقاط المهر قبل الدخول وإسقاط النفقة بعد الدخول ويحد الثلاثة ولا يحد الزوج اه

ولا بد من اتحاد المجلس لصحة الشهادة حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم لقول عمر رضي الله عنه لو جاؤا (((جاءوا))) مثل ربيعة ومضر فرادي لجلدتهم

وفي الظهيرية لو جاؤا (((جاءوا))) متفرقين يحدون حد القذف ولو جاؤا (((جاءوا))) فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد قبلت شهادتهم وإن كان خارج المسجد حدوا جميعا ا هـ

وإنما اشترط لفظ الزنا لأنه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطء والجماع وظاهر كلام المصنف أنه لا يقوم لفظ مقام لفظ الزنا فلو شهدوا أنه وطئها وطئا محرما لا يثبت به

وأشار بقوله بالزنا إلى أنه لو شهد رجلان أنه زنى وآخران أنه أقر بالزنا فإنه لا يحد

قال في الظهيرية ولا تحد الشهود أيضا وإن شهد ثلاثة بالزنا وشهد الرابع على الإقرار بالزنا فعلى الثلاثة الحد اه

لأن شهادة الواحد

---

(١) ".

"وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة عند ظن الحل لأنه في موضع الاشتباه فيعذر

أطلق في الثلاث فشمل ما إذا أوقعها جملة أو متفرقة ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي كذا ذكر الشارحون وفيه نظر لما في صحيح مسلم من أن الطلاق الثلاث كان واحدة في زمن النبي وأبي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما حتى أمضى عمر رضي الله عنه على الناس الثلاث وإن كان العلماء قد أجابوا عنه وأولوه فليس الدليل على وقوع الثلاث جملة واحدة بكلمة واحدة قطعيا

فإن قيل إن العلماء قد أجمعوا عليه قلنا قد خالف أهل الظاهر في ذلك كما نقلوه في كتاب الطلاق فينبغي أن لا يحد وإن علم الحرمة

والدليل عليه ما ذكره في الهداية من كتاب النكاح في فصل المحرمات أن الحد لا يجب بوطء المطلقة طلاقا بائنا واحدة أو ثلاثا مع العلم بالحرمة على إشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا اه

وينبغي أن تحمل إشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقعها بكلمة واحدة وعبارة كتاب الحدود على ما إذا أوقعها متفرقة لما ذكرنا توفيقا بينهما كما لا يخفى

وأما الزنا بأمة أبويه وزوجته وسيده فإنه لا ملك له ولا حق ملك فيها غير أن البسوطة تجري بينهم في الانتفاع بالأموال والرضا بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بالمال شرعا فإذا ظن الوطء من هذا القبيل يعذر لأن وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه الحال والاشتباه في محله معذور فيه

ولهذه المسائل أخوات منها المطلقة على مال لأن حرمتها ثابتة بالإجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا كذا ذكره الشارحون

---

(١) البحر الرائق، ٥/٥

ومرادهم الطلاق على مال بغير لفظ الخلع أما إذا كان بلفظ الخلع فقد قدمنا الاختلاف فيه وأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا فيه لكن في البدائع ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي أنه ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لأن زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق **الشبهة** فيجب الحد إلا إذا ادعى **الاشتباه**

ومنها أم الولد إذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالإجماع وتثبت **الشبهة** عند **الاشتباه** لبقاء أثر الفراش وهي العدة

ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود فإذا قال المرتهن علمت أنها حرام ووطئتها ففيه روايتان ففي رواية كتاب الرهن لا حد عليه وهو من النوع الأول لما قدمناه وفي وراية (((رواية))) كتاب الحدود يجب الحد

قال في الهداية وهو الأصح

وتبعه الشارحون

وفي التبيين وهو المختار لأن الاستيفاء من عينها لا يتصور وإنما يتصور من ماليتها فلم يكن الوطء حاصلا في محل الاستيفاء لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال في الجملة وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة حصل **الاشتباه** بخلاف المستأجرة وجارية الميت إذا وطئها الغريم لأن الإجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وإنما يستوفي حقه من الثمن ولو تعلق حقه بالعين لما جاز بيعها إلا بإذنه كالرهن

والحاصل أنه إذا ظن الحل فلا حد عليه باتفاق الروايتين والخلاف فيما إذا علم الحرمة والأصح وجوبه لكن ذكر في الايضاح رواية ثالثة أنه يجب الحد وإن قال ظننت أنها حلال وإن ظنه لا يعتبر قياسا على وطء الغريم جارية الميت وهذه الرواية مخالفة لعامة الروايات كما في فتح القدير قال في الهداية والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن

وأما الجارية المستأجرة والعارية والوديعة فكجارية أخيه وسيأتي أنه يحد وإن ظن الحل كما في المحيط والبدائع وأطلق في ظن الحل فشمل ظن الرجل وظن الجارية فإن ظناه فلا حد وإن علما الحرمة وجب الحد وإن ظنه الرجل وعلمته الجارية أو بالعكس فلا حد لأن **الشبهة** إذا تمكنت في الفعل في أحد الجانبين تتعدى إلى

. " (١)

"الجانب الآخر ضرورة كذا في المحيط

قوله (والنسب يثبت في الأول فقط) أي يثبت النسب في شبهة المحل بالدعوة ولا يثبت في شبهة الفعل وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الثانية وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الأولى للشبهة في المحل وقد قدم المصنف أن نسب ولد المعتدة البت يثبت إذا جاءت به لأقل من سنتين بغير دعوة ولسنتين فأكثر لا يثبت إلا بالدعوة وهو بعمومه يتناول المعتدة عن ثلاث طلقات فكان مخصصا لقوله هنا فقط

والحاصل أنه لا يثبت النسب في شبهة الفعل عند الدعوة إلا في المطلقة ثلاثا

والفرق أن الشبهة فيها شبهة في العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه فإنه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة وسيأتي أن من شبهة الاشتباه وطء امرأة زفت وقالت النساء هي زوجتك ولم تكن زوجته معتمدا خبرهن

وصرح الزيلعي بأن النسب يثبت فيه بالدعوة كما سيأتي فتحرر أن النسب لا يثبت في شبهة الفعل إلا في موضعين قوله (وحد بوطء أمة أخيه وعمه وإن ظن حله وامرأة وجدت في فراشه) يعني سواء ظن الحل أو الحرمة لأنه لا انبساط في مال الأخ والعم وكذا سائر المحارم سوى الولاد (((الأولاد))) لما بينا ولا اشتباه في المرأة الموجودة على فراشه لطول الصحبة فلم يكن مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشه غيرها من المحارم التي في بيتها

أطلقه فشمل البصير والأعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره إلا إذا ادعاها (((دعاها))) فأجابته وقالت أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها لأن الإخبار (((الخيار))) دليل

وفي التبيين وإن جاءت بولد يثبت نسبه لما نذكره في المرقوقة

ولو أجابته فقط يحد لعدم ما يوجب السقوط

وأطلق في المرأة فشمل المكرهة والطائعة فيحد لو أكرهها دونها ولا يجب المهر عندنا قوله (لا بأجنبية زفت وقيل هي زوجتك) أي لا يحد بوطء أجنبية زفت إليه وقال النساء هي زوجتك قضى بذلك علي رضي الله عنه ولأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الإشتباه إذ الإنسان لا يميز بين امرأة (((

---

(١) البحر الرائق، ١٤/٥

امرأته))) وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولكن لا يحد قاذفه لأن الملك منعدم حقيقة فبطل به إحصانه كوطء جارية ابنه فإنه مسقط لإحصانه حبلت أو لا

وظاهر كلام المصنف أن إخبار واحدة له بأنها زوجته يكفي لإسقاط الحد عنه كما يفيده ما في فتح القدير لكن عبارة القدوري وقلن النساء بالجمع والظاهر أنه ليس بشرط كما سنبينه لأنه من المعاملات والواحد فيها يكفي اه

". (١)

"

قوله (وعليه مهر) بذلك قضى علي رضي الله عنه وبالعدة لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا قلنا في كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب فيه المهر لما ذكرنا إلا في وطء جارية الابن وقد علقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا في النكاح أو في وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها في الزيادات

وينبغي أن لا يجب (((تجب))) بوطء جارية السيد لأن المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب ثم سقط فمستقيم على ما اختلفوا في تزويج المولى عبده بجاريته كذا في التبيين

ولا يرد ما لو زنى صبي بامرأة بالغة مطاوعة قالوا لا حد على الصبي ولا مهر عليه لإسقاطها حقها حيث مكنته لأن المهر وجب لكنه سقط لما ذكرنا فلم يخل وطء عنهما

وفي المجتبى مراهق تزوج بالغة بغير إذن أبيه ووطئها ورد الأب النكاح فلا مهر على الصبي لأن قوله غير معتبر

وأراد المصنف أن يكون المهر لها عليه بذلك قضى علي رضي الله عنه خلافا لعمر رضي الله عنه حيث جعله في بيت المال كأنه جعله حق الشرع لما أن الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول علي رضي الله عنه لأن الوطء كالجناية عليها وأرش الجنايات للمجني عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لأن الحد ساقط عنها

ولم يذكر المصنف ثبوت النسب فيها وقالوا يثبت نسب الولد بالدعوة لكن اختلفوا ففي التبيين أنه يثبت النسب وإن كانت شبهة الاشتباه لعدم الملك وشبهته وفي فتح القدير والأوجه أنها شبهة دليل فإن

---

(١) البحر الرائق، ٥/١٥

قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فإن قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل وقالت مولاي أرسلني إليك هدية فإذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب **الشبهة** التي يثبت معها النسب اه

قوله (وبمحرم نكحها) أي لا يجب الحد بوطء امرأة محرم له عقد عليها عند أبي حنيفة

وقالا عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور

وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه في الحل وهي من المحرمات

ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث **الشبهة** لأن **الشبهة** ما بشبه (((يشبه))) الثابت لا نفس الثابت

وحاصل الخلاف أن هذا العقد هل يوجب **شبهة** أم لا ومداره أنه هل ورده (((ورد))) على ما هو محله أو لا فعند الإمام ورد على ما هو محله لأن المحلية ليست بقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها

وعندهما لا لأن محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الأحوال فكان الثابت صورة العقد لانعقاده وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فحيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد أي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولهذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو والإمام حيث أثبت محليتها أراد محليتها النفس (((لنفس))) العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده ولا ينافيه قول الأصوليين أن النهي عن نكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله

ولا قول الفقهاء أن محل النكاح الأنثي من بنات آدم التي ليست من المحرمات لأنهم أرادوا نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر إلى خصوص ناكح لكن قد أخذ الفقيه أبو الليث بقولهما

قال في الواقعات ونحن نأخذ به أيضا

وفي الخلاصة الفتوى على قولهما

ووجه ترجيحه أن تحقق **الشبهة** يقتضي تحقق

". (١)

"سفح الماء

وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار ونحو ذلك ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب ولذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعي في أحد الوجهين والداعي إلى الزنا من الجانبين وما ورد في الحديث من الأمر بقتل الفاعل والمفعول به فمحمول على السياسة أو على المستحل

قال الزيلعي لو رأى الإمام مصلحة في قتل من اعتداه (((اعتاده))) جاز له قتله ا هـ

واعلم أنهم يذكرون في حكم السياسة أن الإمام يفعلها ولم يقولوا القاضي فظاهره أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها

قيد بعدم الحد لأن التعزير واجب

قالوا يوجع ضربا زاد في الجامع الصغير أنه يودع في السجن

قال في فتح القدير حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام محصنا كان أو غير محصن سياسة

وذكر العلامة الأكمل في شرح المشارق أن اللواطة محرمة عقلا وشرعا وطبعا بخلاف الزنا فإنه ليس بحرام طبعا فكانت أشد حرمة منه

وإنما لم يوجب الحد أبو حنيفة فيها لعدم الدليل عليه لا لخفتها

وإنما عدم الوجوب فيها للتغليظ على الفاعل لأن الحد مطهر على قول بعض العلماء

وفي فتح القدير وهل تكون اللواطة في الجنة أي هل يجوز كونها فيها قيل إن كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وإن كان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لأنه تعالى استبعده واستقبحه فقال ﴿ ما سبقكم بها من أحد من العالمين ﴾ الأعراف ٨٠ وسماه خبيثة فقال تعالى ﴿كانت تعمل الخبائث ﴾ الأنبياء ٧٤ والجنة منزهة عنها اه

وقيد بالأجنبية ليفيد أن زوجته وجاريته بالأولى في عدم وجوب الحد لكن قال في التبيين إذا فعل في عبده أو أمته أو منكوحته لا يجب الحد بالإجماع وإنما يعزر لارتكابه المحظور

---

(١) البحر الرائق، ١٦/٥

وفي الحاوي القدسي وتكلموا في هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلا (((أعلى))) موضع وحبسه في أنتن بقعة وغير ذلك سوى الإخصاء والجب (((المغلب))) والجلد أصح اه

وللواطة أحكام أخر لا يجب بها العقر أي المهر ولا العدة في النكاح الفاسد ولا في المأتي بها لشبهة ولا تحل للزوج الأول في النكاح الصحيح ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر ولا الكفارة في رمضان في رواية ولو قذف بها لا يحد خلافا لهما وكذا لو قذف امرأته بها لم يلاعن خلافا لهما وعن الصفار يكفر مستحلها عند الجمهور كذا في المجتبى وقدمنا أنه يجب الغسل بها على الفاعل والمفعول به قوله (وببهيمة) أي لا يحد بوطء بهيمة لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بينا

والذي يروي أنها تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب

قالوا إن كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق لما ذكرنا وإن كانت مما تؤكل تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة

وقالا تحرق هذه أيضا

هذا إن كانت البهيمة للفاعل فإن كانت لغيره ففي الخانية كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة وفي التبيين يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح

هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك إلا سماعا فيحمل عليه ا هـ

والظاهر أنه لا يجبر على دفعها

قوله (وبزنا في دار حرب أو بغي) أي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب أو في دار البغي لقوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولأن المقصود هو الانزجاز (((الانزجار))) وولاية الإمام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة

أطلقه فأفاد أنه لا يقام بعد الخروج أيضا لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة

قيد بدار الحرب والبغي لأن من زنى في محل نزول العسكر فإن من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصره أن يقيم الحد عليه لأنه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم يفوض إليهما الإقامة

ويستثنى من كلام المصنف ما لو زنى في العسكر والعسكر

." (١)

"سائر القضاة وهو مصرح به في فصول العمادي ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل لأن الفاسق يصلح قاضيا في الأصح

وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه الأول ما ذكرناه وهو المعتمد

الثاني عدم النفاذ فإذا رفع إلى العادل لا يمضيه

الثالث حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله ا هـ

وأشار المؤلف بصحة التقليد من الجائر عادلا كان القاضي أو باغيا إلى صحة عزل الباغي لقضاة أهل العدل

وفي الفصول بمجرد استيلاء الباغي لا تنعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعده لا تنفذ قضاياهم بعده ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا إذ الباغي صار سلطانا بالقهر والغلبة ا هـ

وفي شرح باكير فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف اعلم أنه لا بد أن يكون الإمام مكلفا حرا مسلما عدلا مجتهدا دا (((ذا))) رأي وكفاية سميعا بصيرا ناطقا وأن يكون من قريش وللإمام فيه منع وإن لم يوجد فمن العجم وتنعقد بيعة أهل الحل والعقد من العلماء المجتهدين والرؤساء لما عرف ا هـ

وتكفي مبايعة واحدة وقيل لا بد من الأكثر

وقيل لا يلزمه عدد وتمامه في المسايرة

وعرف المحقق الإمامة العظمى في المسايرة بأنها استحقاق تصرف عام في الدين والدنيا على المسلمين

وظاهره أنه لا بد في الإمام من عموم ولايته ولذا قالوا لا يجوز اجتماع إمامين في زمن واحد وقدمنا أولا عن الخانية بماذا يكون سلطانا

قوله (فإن تقلد بسال (((يسأل))) ديوان قاض قبله) شروع فيما يفعله القاضي إذا تقلده فإن كان في البلد ينبغي أن يقرأ المنشور على أهل البلد إن كتب له وإن قدم من خارج ينبغي أن يقدم يوم الاثنين أو الخميس لابسا عمامة سوداء وينزل وسط البلد ويقرأ عليهم منشوره ولم أره صريحا الآن

ثم رأيته في شرح أدب القضاء للخصاف

---

(١) البحر الرائق، ١٨/٥

ثم يطلب ديوان القاضي السابق لأنه إنما وضع للحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما في يده لاحتمال الحاجة إليها والأخرى في يد الخصم وما في يده لا يؤمن عليه

والديوان لغة جريدة الحساب ثم أطلق على موضع الحاسب وهو معرب والأصل دوان فابدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف ولهذا يرد في الجمع إلى أصله فيقال دواوين وفي التصغير دويوين لأن التصغير وجمع التكسير يردان الأسماء إلى أصولها

ودونت الديوان أي وضعته وحمعته (((وجمعته))) ويقال إن عمر رضي الله تعالى عنه أول من دون الدواوين في العرب أي رتب الجرائد للعمال وغيرها كذا في المصباح والمراد به هنا ما ذكره بقوله قوله (الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها) أي الديوان والخرائط جمع خريطة مثل كريمة وكرائم وهي **شبهة** (((شبه))) كيس يشرج من أديم وخرق كذا في المصباح

وهذا مجاز لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس كما أفاده مسكين

والسجلات جمع سجل وهو لغة كتاب القاضي

والمحاضر جمع محضر وذكر العلامة خسر (((خسرو))) وفي شرح الدرر والغرر أن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه أو الإنكار فيه والحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع **الاشتباه** وكذا السجل والصك ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها والحجة والوثيقة متناولان الثلاثة ا هـ

وفي العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خط القاضي والحجة ما نقل من السجل من الواقعة وعليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطي للخصم

وفي قوله إن دون إذا إشارة إى أن تقلده نادر غير كائن لا يتقلده إلا مغرور بحديث النفس إليه أشار مسكين وأراد بغيرها محاسبات الأوقاف وكل شيء كان فيه مصالح الناس مما يتعلق بالقاضي المعزول

وأطلقه فشمل ما إذا كان الورق من بيت المال أو من مال أرباب

---

(١) ".

"الآخر كما لو عفا الشاهد عن نصيبه

---

(١) البحر الرائق، ٦/٢٩٩

وأما الدية إن تصادقا فالشاهد (((فللشاهد))) نصف الدية لأن الثابت بالتصادق والموافقة كالثابت بالمعاينة وإن كذباه فلا شيء للشاهد ويجب للآخر نصف الدية لأنه لما شهد بالعفو فقد أقر ببطلان حقه في القصاص فصح وادعى انقلاب نصيب نفسه مالا فلم يصدق ويحول نصيب الآخر مالا لأن تعذر استيفاء القصاص في نصيبه من جهة غيره لأن سقوط القصاص مضاف إلى شهادة بالعفو فكان بمنزلة العفو منه وإن كذبه صاحبه وصدقه القاتل ضمن الدية بينهما لأنه لما صدقه فقد أقر له بنصف الدية فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عليه بالعفو فلم يصدق نصيب الساكت مالا لأن في زعم الشاهد (((الشاهدين))) أن نصيبه تحول مالا بعفو صاحبه والقاتل صدقه فيه فوجب له نصف الدية على القاتل وفي نصيب صاحبه لم يسقط من جهته لأنه لم يثبت عفوه في حقه لتكذيبه وإنما سقط بإقرارا (((بإقرار))) الشاهد فينقلب نصيبه مالا

وإن كذبه القاتل وصدقه صاحبه ضمن نصف الدية للمشهود عليه ولا يضمن للشاهد شيئا

وقال زفر لا شيء لهما لأن الغفو (((العفو))) ثبت في حقهما بتصادقهما ولم يثبت في حق القاتل لتكذيبه فسقط نصيب الشاهد ولم يجب لتكذيب نصف الدية فيبرأ القاتل

ولنا أن القاتل لما أكذب الشاهد في الشهادة بالعفو فقد كذبه فيما ادعى عليه من نصف الدية وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه إنما سقط لمعنى جاء من قبل الشاهد لا من جهته فإنه أنكر عفو المشهود عليه والمشهود عليه لما صدق الشاهد في شهادته فقد أقر بذلك المال للشاهد والمقر له بالمال إذا قال للمقر ما أقررت به ليس لي وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر بمائة لزيد فقال زيد هي لعمر (((لعمرو))) وصارت (((صارت))) المائة لعمرو فكذا هذا

وأما القسم الثاني لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو فلا يخلو إما أن يشهدا معا أو متعاقبا فإن شهدا معا إن كذبهما القاتل بطل حقهما لأن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه نصف الدية وأنه وجب له على القاتل لأن كل واحد منهما زغم (((زعم))) أن حق العافي في القصاص قد سقط وانقلب نصيبه مالا فصح إقرارهما بسقوط القصاص لأنهما لا يتهمان في حقهما ولم يصح بالمال على القاتل لأنه دعوى والدعوى لا تثبت إلا بحجة وكذلك إن صدقهما القاتل لأنه متى صدق أحدهما في عواه (((دعواه))) فقد كذب الآخر في دعواه من المال لأن العافي لا يجب له شيء فقد تعارض التصديق والتكذيب بالشك فصار كأنه سكت

وإن صدقهما على التعاقب فلهما دية كاملة لأنه صدق الأول في دعواه المال فقد كذب الثاني في دعواه المال فإذا صدق الثاني بعد ذلك فقد صدقه بعدما كذبه والتصديق بعد التكذيب جائز وبتصديق الثاني إن صار مكذبا فيما ادعاه إلا أنه كذبه بعدما نفذ حكم التصديق بالسكوت عليه وكان التكذيب منه رجوعا عن إقراره فلم يصح

وأما إذا شهد متعاقبا فإن كذبهما القاتل فللشاهد آخرا نصف الدية ولا شيء للأول لأن القاتل لما كذب الأول فقد زعم أن للثاني نصف الدية ولم يثبت عفوه ولم يوجد منه تكذيب القاتل في إقراره فوجب له نصف الدية والأول قد أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجبت له على القاتل وقد كذبه القاتل في ذلك فلم يثبت وكذبه إن صدقهما معا فلا شيء للأول وللثاني نصف الدية لأنه تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل واحد منهما فتساقطا فصار كأنه سكت ولو سكت يجب للثاني نصف الدية ولا يبطل بتكذيب القاتل لأن تكذيب القاتل باطل في حق الثاني وإن صدقه الثاني وكذبه الأول فللثاني نصف الدية ولا شيء للأول لأنه ثبت عفو الأول في حق القاتل بتصديق الثاني في شهادته ولم يثبت عفو الثاني بتكذيب الأول في شهادته

ولو عفا أحد الوليين وعلم الآخر أن القتل حرام عليه فقتل عليه القصاص وله نصف الدية في مال القاتل لأن قتله تمحض حراما وإن لم يعلم بالحرمة فعليه الدية في ماله علم بالعفو أو لم يعلم لأنه اشتبه عليه لأن ظنه استند إلى دليل يوجب **الإشتباه** وهو القياس على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين إذا أبرأ أحدهما لا يبطل حق الآخر فكانت ظنا في موضع **الاشتباه** فأورث **شبهة** لسقوط القصاص ولهذا اشتبه على عمر رضي الله عنه مع جلالة قدره في العلم حيث شاور ابن مسعود في ذلك على ما ذكرنا

قال رحمه الله (وأن أشهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما عرف والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لأنه إذا كان مخطئا لا يحل لهم أن يظلقوه (((يطلقوه)))

---

(١) ".

---

(١) البحر الرائق، ٣٦٧/٨

"يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق **الاشتباه** فتعذر فلا تجب على وجه يستوفي إذ الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة أخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل **الاشتباه** لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في إحدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيها فلا يكون الاجتماع مقيدا

ولا يقال يأذن كل واحد منهما لصاحبه لأن الإذن إنما يصح إذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وكل واحد منهما دائم فصار (((فصارا))) بمنزلة الشريكين فيه فلا يفرد أحدهما دون الآخر لما فيه من إبطال حق الآخر فيتصل باجتماعهما للرضا ببطلان حقه

وأما في الثاني وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف

وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه أيضا لأن سبب الولاية قد اختلف لأن الملك على اعتبار العتق والولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع **الشبهة** أو فيما يحتاط فيه فصار كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما إذا أقر لرجل بألف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فإنه يقضي له عليه بألف وإن اختلف السبب لأن الأموال تثبت **بالشبهة** فلا يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص

ولهما أنهما تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لأن المقضى له معلوم والحكم متحد فأمكن الإيجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفي منه ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسألة الإقرار بخلاف الفصل الأول لأن المقضى له مجهول وبخلاف مسألة الجارية لأن الحكم مختلف لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لأن النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت الحل أصلا ولأن ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه إذ لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لأن السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الإبطال فأمكن استيفاؤه والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل **الاشتباه** من له الحق وذلك إذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الأطراف أو في القتل خطأ لأن العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى ،عتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل **الاشتباه** فيمن له الحق فسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح

وأما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا **اشتباه** فيه إذا لم يكن له وارث سوى المولى لأنه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا **اشتباه** فيمن له الحق فالحاصل من هذا كله أن من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا يزيد على أربع لأنه إما إن قطع عمدا أو خطأ فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فإن كان يقطع الإعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد

وإن كان الثاني فالإعتاق لا يقطعها فحاصله أنهم أجمعوا في الخطأ وفي العمد فيما إذا كان له وارث آخر أن الإعتاق يقطع السراية فلا يجب إلا أرش القطع وما ينقص بذلك إلا الإعتاق ويسقط الدية والقصاص وكذا في القطع إذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقص إلى الإعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الإعتاق بالإجماع فعلم بذلك أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه إلى الإعتاق ولا يجب عليه الدية وما نقص منه بعد الإعتاق

قال رحمه الله (قال أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فارشهما للسيد) يعني إذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فبين في أحدهما العتق بعد الشج فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين فالشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتر (((فاعتبر))) إظهارا محضا فإذا قتلهما رجل واحد معا فأحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الأولوية وإن اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الأول بخلاف ما إذا قتلهما على

(١) ".

"-----وجه قول أبي حنيفة إن العذر جاء لا من جهة المفطر، فصار كالحيض والمرض إذا حسبت المرأة أن هذا اليوم يوم حيضها، فأفطرت فيه، ثم لم تحض، أو كان لها (١٦٣أ١) نوبة حمى، ففطرت فلم تصم في ذلك اليوم أجمعوا أن في فصل الحمى تجب الكفارة، وفي فصل الحيض اختلاف المشايخ، والصحيح أنه تجب.في «فتاوى القاضي»: إذا أكل بعد الفجر، أو قبل غروب الشمس، وهو لا يعلم، ثم

(١) البحر الرائق، ٨/٤٣٨

أكل بعد ذلك متعمدا، فعليه القضاء دون الكفارة، أصبح في رمضان لا ينوي الصوم فأكل أو شرب، فلا كفارة عليه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن أكل بعده، فلا كفارة عليه، وإن نوى الصوم قبل الزوال، ثم أفطر في باقي اليوم، فعليه الكفارة عند أبي يوسف ومحمد؛ لأن هذا إفطار في صوم جائز، وعند أبي حنيفة لا كفارة عليه؛ لأن ظاهر قوله عليه السلام «لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل» يورث شبهة عدم الجواز، والكفارة تدرأ بالشبهات.قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا أكل أو شرب أو جامع في نهار رمضان ناسيا، وظن أن ذلك يفطره، فأكل بعد ذلك متعمدا، فلا كفارة عليه، وإنما لم تجب الكفارة لمكان الشبهة، والشبهة نوعان: شبهة اشتباه بالنظير، وهو أن يجد لما ظن، واشتبه عليه نظير أو شبهة حكمية، وقد وجد لما اشتبه نظيرا، وهو الأكل حالة العمد؛ لأن أكل الناسي ينافي الإمساك في الظاهر كأكل العامد، وكذلك وجدت الشبهة الحكمية، فإن الصوم قد فسد بالأكل الأول عند أهل المدينة، وإنه قياس غير مهجور، فصار شبهة في الاستحسان.وعن أبي حنيفة: أنه إن بلغه الحديث لزمه الكفارة؛ لأنه علم أن القياس متروك، فلا يعتبر القياس سببا للشبهة في حقه، وفي رواية أخرى عنه لا تلزمه الكفارة على كل حال، وهو الصحيح.." (١)

"-----وإذا احتجم، فظن أن ذلك يفطره، فأكل بعد ذلك متعمدا، فإن لم يستفت أحدا، ولا بلغه الخبر الوارد في هذا الباب، أو بلغه، وعرف نسخه، فعليه الكفارة، وإن لم يبلغه النسخ، أو استفتى أحدا ممن يؤخذ منه الفقه، ويعتمد على فتواه، فأفتي أن صومه فاسد، فلا كفارة عليه؛ لأن على العامي العمل بفتوى المفتي، فإذا فعل كان ذلك موزورا فيما صنع، وإن كان المفتي مخطئا فيما أفتى،وإذا ذرعه القيء فظن أن ذلك يفطره، فأكل بعد ذلك متعمدا، فلا كفارة عليه لوجود شبهة الاشتباه بالنظير، فالقيء والمقيوء سواء، وإذا اكتحل، فظن أن ذلك يفطره، فأكل بعد ذلك متعمدا، فعليه الكفارة لانعدام الشبهتين، ولو أوصى بالفطر فلا كفارة عليه وإذا قبل امرأته أو مسها، فظن أن ذلك يفطره، فأكل بعد ذلك متعمدا، فلا كفارة عليه لوجود الاشتباه، فإن له نظيرا، وهو الفعل في حالة التيقظ والله أعلم.الفصل العاشر في المجنون والمغمى عليه، والصبي يبلغ،والنصراني يسلم، والحائض تطهر، ومن بمعناهمقال محمد رحمه الله: إذا جن (في) رمضان كله، فليس عليه قضاؤه، وإن أفاق شيئا لزمه قضاء ما مضى، ولم يذكر ما إذا أفاق في الليلة الأولى، ثم أصبح مجنونا، واستوعب الشهر كله، وذكر في «المجرد» عن أبي حنيفة أنه يلزمه القضاء، وكذا ذكر الفقيه أبو جعفر في «كشف الغوامض»، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصوم أنه لا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢/٦٦١

قضاء عليه، وهو الصحيح؛ لأن الليلة لا يصام فيها، وعلى هذا إذا أفاق في ليلة في وسط الشهر، ثم أصبح مجنونا لا قضاء عليه، وإن أفاق في آخر يوم من رمضان إن أفاق بعد الزوال، فقد اختلفوا فيه.والصحيح: أن لا يلزمه؛ لأنه لا يصح الصوم فيه، ثم في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله أنه لا فرق بين الجنون الطارىء، والأصلي إذا أفاق في شيء من الشهر لزمه قضاء ما مضى.." (١)

"-----وفي القدوري: لو باعته المهر ووهبته على عوض ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف القيمة، وتعتبر القيمة يوم البيع، ولو كانت قبضت ثم باعت اعتبرت القيمة يوم القبض.نوع منهفي وجوب المهر بلا نكاح إذا وطىء جارية الابن مرارا فعليه مهر واحد، وإذا وطىء جارية الأب مرارا أو ادعى الشبهة فعليه بكل وطئة مهر، وهذا لأن الثابت في حق الأب شبهة ملك فكان الوطىء الثاني استيفاء بملكه. ومن استوفى منفعة ملكه مرارا لا يلزمه إلا بدل واحدفي ابتداء.... والثابت في حق الابن بشبهة اشتباه فكان كل وطىء استيفاء ملك الغير فيجب بكل وطء مهر.وعلى هذا إذا وطىء جارية امرأته مرارا يجب بكل وطىء مهر؛ لأن له شبهة اشتباه. ولو وطىء مكاتبته مرارا فعليه مهر واحد لأن له شبهة ملك. هذه الجملة في «واقعات» الناطفي وإذا وطىء أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا يجب بكل وطئة نصف مهر إذ ليس له في النصف الثاني شبهة ملك فصار بمنزلة جارية ووطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد.وإذا استحق نصفها فعليه نصف مهر. وفي «نوادر» هشام أيضا عن محمد رحمه الله في صبي ابن أربع عشر سنة جامع امرأة ثيبا وهي نائمة لا تدري فلا مهر عليه. وإن كانت بكرا فأفضاها فعليه المهر. وكذلك المجنون.وفي آخر حدود شيخ الإسلام رحمه الله: الصبي إذا زنى بصبية فعليه المهر؛ لأنه مؤاخذ بأفعاله، فإن أمر الصبي بذلك فلا مهر عليه.وإذا زنى الصبي بامرأة حرة بالغة فأذهب عذريتها؛ إذا كانت مكرهة ضمن الصبي المهر، وإن كانت طائعة دعته إلى نفسها فلا مهر عليه. والصبية إذا دعت صبيا إلى نفسها فأذهب عذريتها فعليه المهر؛ لأن أمرها لم يصح في إسقاط حقها بخلاف البالغة. والأمة إذا دعت صبيا وزنى بها لزمه المهر؛ لأن أمرها لا يصح في حق المولى.." (٢)

"-----فإنه إذا أقر المدعى عليه أنه في يده يكفي؛ لأن في المنقول لا يخلو إما أن يكون العين قائما أو مستهلكا في يد المدعى عليه، فإن كان قائما فلا بد من الإحضار لتصحيح الدعوى والشهادة، وعند الإحضار يعرف القاضي معاينة أنه في يد المدعى عليه، وإن كان مستهلكا وقال المدعى عليه:

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٦٢/٢

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٥٥/٣

استهلكتها، أو قال: هلك عندي، فقد أقر على نفسه بوجوب الضمان، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، فلا حاجة إلى الشهادة على أنه في يده.فأما في العقار يمكن تهمة المواضعة، ووجه ذلك أن المدعي ربما تواضع رجلا ويحضره مجلس القضاء، ويدعي عليه العقار، فيقر بأن العقار في يده فيقضي القاضي عليه، والعقار في يد غيره، فيكون قضاء على الغائب؛ لأن العقار لم يكن في يد المدعى عليه حقيقة، فلمكان هذه التهمة لا يكتفي القاضي بمجرد الإقرار حتى يشهد الشهود على ذلك، فتنتفي هذه الرتبة بخلاف المنقول على ما ذكرنا، فإن شهدوا أنه ا في يد المدعى عليه، هل يسألهم القاضي عن سماع يشهدون أنها في يده أو عن معاينه؟حكي عن القاضي الإمام الخليل بن أحمد أن القاضي يسألهم وهو الصحيح؛ لأنهم ربما سمعوا إقراره أنها في يده فظنوا أن ذلك يطلق لهم أداء الشهادة على يده عليها وإنه موضع **الاشتباه**، فقد اشتبه على كثير من الفقهاء اشتراط إقامة البينة لإثبات يده، وما لم يعاينوا يد المدعى عليه لا يحل لهم أداء الشهادة على أنها في يده، فلهذا أوجب السؤال، فإن ذكروا أنهم يشهدون عن معاينة قبلها وإلا لم يقبل.قال القاضي هذا رحمه الله: وهكذا إذا شهدوا على البيع والتسليم، فالقاضي يسألهم أيشهدون على التسليم بإقرار البائع أو عن معاينة؛ لأن الحكم فيها يختلف فإنهم إذا شهدوا عن معاينة البيع والتسليم كانت شهادته بملك البائع يوم البيع، وإن شهدوا على إقراره لا تكون شهادة على ملك البائع فوجب السؤال إزالة لهذه **الشبهة**." (١)

"-----وشهادة أحد شريكي العنان لشريكه تقبل فيما ليس من شركتهما، وفيما كان من شركتهما لا تقبل، ذكر المسألة على هذا الوجه في كتاب «الأقضية»، وفي «الأصل» يقول: شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه لا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح؛ لأن ما عدا الحدود والقصاص مشتركة بينهما، فكان شاهدا لنفسه من وجه، وشهادة الإنسان لنفسه لا تفيد، وشهادة أحد شريكي العنان لصاحبه فيما كان من تجارتهما لا تقبل، وفيما لم يكن من تجارتهما مقبولة، ولم يذكر مثل هذا التفصيل في المفاوضة؛ لأن العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما، فأما المفاوضة لا تكون إلا في جميع الأموال، وقد عرف ذلك في كتاب الشركة.وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الشركة أن المفاوضة تجوز خاصة يجب أن يكون الجواب في المفاوضة على التفصيل الذي ذكرنا في العنان، وشهادة الأجير المشترك لأستاذه مقبولة، وشهادة أجير الوحد لأستاذه لا تقبل استحسانا، سواء كان أجير مناوبة أو مشاهرة أو مشابهة، وفي كفالة الأصل: لا يجوز شهادة الأجير لأستاذه، وفي كتاب الديات: تجوز شهادة الأجير لأستاذه، والمراد من

---

(١) المحيط ال برهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩/ ٢٠

المذكور في الديات الأجير المشترك.والقياس: أن تقبل شهادة أجير الوحد أيضا؛ لأنه عدل شهد لغيره من كل وجه، فتقبل قياسا على الأجير المشترك، وقياسا على شهادة الأستاذ لأجيره، فإنها تقبل، وإن كان أجيرا خاصا له، ولا شك أنه شهد لغيره من كل وجه؛ لأنه ليس له فيما شهد لا ملك ولا حق ولا شبهة ملك، ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع، ولهذا جاز للأستاذ وضع الزكاة فيه.." (١)

"-----بيان تمكن التهمة في شهادة الزوج لامرأته، وشهادة المرأة لزوجها من وجهين: أحدهما: أن كل واحد من الزوجين شديد الشفقة على صاحبه، وإليه أشار عز وجل، فقال ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ (الروم: ٢١) فيتهم كل واحد منهما بالميل إلى صاحبه، كما في الوالدين والمولودين، وهذه تهمة يمكن الاحتراز عنها بحبس الشهود بأن يشهد لكل واحد منهما الأجنبي. والثاني: أن الأملاك بينهما متصلة عرفا وشرعا في حق المنافع بسبب الزوجية أيضا؛ لأنه يمنع وضع كل واحد منهما زكاة ماله عند صاحبه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يمنع الزوج صرف زكاته إلى امرأته إن كان لا يمنع صرف زكاتها إلى الزوج، ويثبت بسبب هذا الاتصال للزوج شبهة الاشتباه في مال امرأته حتى لو وطئ جارية امرأته وقال: ظننت بأنها تحل لي، فإنه لا يحد، كالابن إذا وطئ جارية أبيه، ثبت أن الأملاك بينهما متصلة في حق المنافع نظير الاتصال فيما بين الوالدين والمولودين، لا نظير الاتصال فيما بين الأخوة والأخوات، فمتى قبلنا شهادة كل واحد منهما لصاحبه حصل لكل واحد منهما نوع منفعة في المشهود به مضافا إلى الشهادة، وهذا يمنع قبول الشهادة.." (٢)

"-----وقد ذكر في كتاب «الأقضية» عقيب المسألة التي مر ذكرها من قبل هذا بمسألتين، ويجوز القضاء بالملك، وإن لم يشهد الشهود على يد المدعى عليه مع أنه وضع المسألة في الدار فقال: ما ذكر الخصاف قوله، وبه أخذ بعض المشايخ، وما ذكر في «الأقضية» قول محمد وبه أخذ بعض المشايخ، وقيل: في المسألة روايتان، والفتوى على أنه لابد أن يشهد الشهود على يد المدعى عليه في العقار، ثم على ما ذكره الخصاف، وإذا شهدوا أنها في يده أو عن معاينة، حكي عن القاضي الإمام الخليل بن أحمد أن القاضي يسألهم عن ذلك وهو الصحيح، لأنهم ربما سمعوا إقراره أنها في يده، فظنوا أن ذلك يطلق لهم أداء الشهادة على يده عليها، وإنه موضع اشتباه فقد اشتبه على كثير من الفقهاء اشتراط إقامة البينة لإثبات يده، فما لم يعاينوا يد المدعى عليه لا يحل لهم أداء الشهادة على أنها في يده، فلهذا وجب السؤال.قال

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩/١٧٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩/١٨٩

القاضي رحمه الله هذا هكذا إذا شهدوا على البيع والتسليم، فالقاضي يسألهم أيشهدون على التسليم بإقرار البائع أو عن معاينة البيع، والتسليم كانت شهادة بملك البائع يوم البيع فوجب السؤال إزالة لهذه الشبهة، ولو أن الشهود لم يشهدوا أن هذه الدار في يد المدعى عليه فقال المدعي: أنا آتي بشاهدين آخرين يشهدان أن هذه الدار في يد المدعى عليه، فإن القاضي يقبل ذلك منه؛ لأن الحاجة إلى معرفة ملك المدعي في الدار ليمكن القضاء به للمدعي وإلى معرفة يد المدعى عليه لينتصب خصما للمدعي لإثبات دعواه، فلا فرق بين أن يثبت الأمرين بشهادة فريقين أو بشهادة فريق واحد، هذا كما في شاهدين شهدا بملك المحدود وشهد آخر له بحدود المحدود فالقاضي يقبل شهادة الفريقين جميعا ولم يقع الفرق بينما إذا ثبت ملك المحدود، والحدود بشهادة فريق واحد أو بشهادة فريقين كذا ههنا.." (١)

"إنما هو دخول الليل في الوجود لا امتداده إلى وقت تحقق ظن طلوع الفجر لاستحالة تعارض اليقين مع الظن لأن العلم بمعنى اليقين لا يحتمل النقيض فضلا أن يثبت ظن النقيض فإذا فرض تحقق ظن طلوع الفجر في وقت فليس ذلك الوقت محل تعارض الظن به واليقين ببقاء الليل بل التحقيق أنه محل تعارض دليلين ظنيين في بقاء الليل وعدمه وهما الاستصحاب والأمارة التي بحيث توجب ظن عدمه لا تعارض طنين في ذلك أصلا إذ ذاك لا يمكن لأن الظن هو الطرف الراجح من الاعتقاد فإذا فرض تعلقه بأن الشيء كذا استحال تعلق آخر بأنه لا كذا من شخص واحد في وقت واحد إذ ليس له إلا طرف واحد راجح فإذا عرف هذا فالثابت تعارض ظنين في قيام الليل وعدمه فيتهاتران لأن موجب تعارضهما الشك لا ظن واحد فضلا عن ظنين وإذا تهاترا عمل بالأصل وهو الليل فحقق هذا وأجره في مواطن كثيرة كقولهم في شك الحدث بعد يقين الطهارة اليقين لا يزال بالشك ونحوه قوله لو أكل فعليه القضاء وفي الكفارة روايتان ومختار الفقيه أبي جعفر لزومها لأن الثابت حال غلبة ظن الغروب شبهة الإباحة لا حقيقتها ففي حال الشك دون ذلك وهو شبهة الشبهة وهي لا تسقط العقوبات هذا إذا لم يتبين الحال فإن ظهر أنه أكل قبل الغروب فعليه الكفارة لا أعلم فيه خلافا والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الذي ذكره بقوله ولو كان شاكا إلى قوله ينبغي أن تجب الكفارة قوله فعليه القضاء رواية واحدة أي إذا لم يستبن شيء أو تبين أنه أكل قبل الغروب لأن النهار كان ثابتا بيقين وقد انضم إليه أكبر رأيه

وأورد لو شهد اثنان بأنها غربت واثنان بأن لا فأفطر ثم تبين عدم الغروب لا كفارة مع أن تعارضهما يوجب الشك

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٠/١٠٨

أجيب بمنع الشك فإن الشهادة بعدمه على النفي فبقيت الشهادة بالغروب بلا معارض فتوجب ظنه وفي النفس منه شيء يظهر بأدنى تأمل قوله ومن أكل في رمضان ناسيا أو جامع ناسيا فظن أنه أفطر فأكل أو جامع عامدا لا كفارة عليه وعلى هذا لو أصبح مسافرا فنوى الإقامة فأكل لا كفارة عليه قوله وإن بلغه الحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه وتقدم تخريجه ففيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية لا تجب وصححه قاضيخان وفي رواية تجب وكذا عنهما ومرجع وجهيهما إلى أن انتفاء الشبهة لازم انتفاء الاشتباه أو لا فقولهما بناء على ثبوت اللزوم والمختار بناء على ثبوت الانفكاك لأن ثبوت الشبهة الحكمية بثبوت دليل الفطر وهو القياس القوي وهو ثابت لم ينتف حتى قال بعض الأئمة بالفطر وصرف قوله عليه الصلاة والسلام فليتم صومه إلى الصوم اللغوي وهو الإمساك

وقال

".[1]

"فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاها ومجرد الرضا بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بالقبض بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما في الترمذي وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل الحديث فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل أصلا في كل نكاح فاسد هذا بعد ما فيه مما قدمنا في باب الأولياء والأكفاء

فروع لا يصير محصنا بهذا الدخول إلا عند أبي ثور وأجمعت الأمة على أنه لا يكون محصنا في العقد الصحيح إلا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء مهر والأصل أن الوطء في غير ذلك الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وإن كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدده ففي جارية الأب وجارية الزوجة إذا وطئها بخروج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الإبن إذا وطئها الأب والمكاتبة إذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد أو في النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته وأما إذا

(١) شرح فتح القدير، ٢/٣٧٥

وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا فإن الشيخ حسام الدين لم يذكره في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين والدي يقول يتعدد المهر لأنه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب في حق الإبن ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة ولو زنى بامرأة فتزوجها وهو مخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن طلقها في الحال لأن هذا أكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر قيل إن كانت الطلقات الثلاثة جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وإن استحق نصفها فعليه نصف

". (١)

"لا نقول إنه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لأن الماءين لا يجتمعان فى الرحم إلا متعاقبين فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثانى بل أنه يزيد فى الأول فى سمعه قوة وفى بصره وأعضائه وأما التعليل بأنه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لا تحيض فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه فى نفس الأمر من ماء أحدهما ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين لأن القياس ينفى ثبوته من اثنين لكنه ترك لأثر عمر وقال محمد لا يثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولأبى حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق إلا بأم واحدة ولا فرق بين كون الأنصباء متفاوتة أو متساوية فى الجارية فى دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة هى تصدقه فعند أبى حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين قوله إلا إذا كان أحد الشريكين أبا للآخر استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت فى حق كل منهما كملا وفى المبسوط أمة بين مسلم وذمى ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع

---

(١) شرح فتح القدير، ٣/٣٦٥

الملك فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمى لأنه حر والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لأنه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك قيل ويجب أن يكون هذا الجواب فى العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمى ومرتد فالولد للمرتد لأنه أقرب إلى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر قوله وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما فى نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لأنه لم ينتقل

(١) ".

"زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطىء أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الظهر وأما الشبهة فى الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه وأما الشبهة فى الجهة قال الأصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حد فيها وإن كان الواطىء يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى وبلا شهود وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل قوله فالأولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه ألخ أى من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل فى السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة فى نفس الأمر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا والثانية وهى الشبهة الحكمية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته كقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك سواء ظن الحل أو علم الحرمة لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الأمر علمها أحد أو لم يعلمها قوله والحد يسقط بكل منهما لإطلاق الحديث يعنى قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات وقوله والنسب يثبت فى الثانى أى فى شبهة المحل إذا ادعى الولد ولا يثبت فى الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا لفرض أن لا شبهة

(١) شرح فتح القدير، ٥/٥٤

(١) ".

"ملك إلا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع إليه أي إلى الواطىء لا إلى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء وكذا لا تثبت به عدة لأنه لا عدة من الزاني قيل هذا غير مجرى على عمومه فإن المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لأنه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب وفي الإيضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهرة وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لأنه إذا كان لأقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما إذا كان لتمامهما وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها إذا جاءت به لتمام سنتين إنما لا يثبت نسبه إذا لم يدعه أما إذا ادعاه فإنه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بأنه زنى محض فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الأولى في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فإنه لا شبهة عقد فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وإن عليا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا

(٢) ".

"٪ تخاف الردى نفسي عليها وإنها ٪ لتعلم أن الموت حتم موكل ٪ ٪ كأني أنا المطروق دونك بالذي ٪ طرقت به دوني فعيني تهمل ٪ ٪ فلما بلغت السن والغاية التي ٪ إليك مراما فيك كنت أؤمل ٪ ٪ جعلت جزائي غلظة وفظاظة ٪ كأنك أنت المنعم المتفضل ٪ ٪ فليتك إذ لم ترع حق أبوتي ٪ فعلت كما الجار والمجاور يفعل ٪ ٪ فأوليتني حق الجوار ولم تكن ٪ على بمال دون مالك تبخل ٪

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب أنت ومالك لأبيك وروى حديث جابر الأول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا ويثبت النسب يقتضي بإطلاقه أن يثبت نسب ولد

---

(١) شرح فتح القدير، ٥/٢٥٠

(٢) شرح فتح القدير، ٥/٢٥١

الجارية من وطء والد سيدها وجده وإن كان ولده الذي هو سيد الأمة حيا فإنه قال في وضع المسئلة لاحد على من وطيء جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب أي من واطيء جارية ولده وولد ولده لكنه إنما أراد من واطيء جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الأب وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لأبي الليث إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه لفظة لا لأن جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبي الليث صرح في شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لأنه محجوب بالأب وصرح به في الكافي وفي المبسوط أن من وطيء جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فإن كان الأب حيا لم تثبت دعوة الجد إذا كذبه وكذا الولد لأن صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الأب ولكن إن أقر به ولد الولد عتق بإقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شيء على الجد من قيمة الأمة لأنه لم يتملكها وعليه العقر لأن الوطء ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك إن كانت ولدته بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر لأنا علمنا أن العلوق كان في حياة الأب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه وإن كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لأن العلوق حصل بعد موت الأب والجد عند عدم الأب كالأب في الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاد قوله وإذا وطيء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وزفر يحده لقيام الوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطيء جارية أخيه أو عمه على ظن الحل وكذا العبد إذا وطيء جارية مولاه فقال ظننت حلها لاي لا يحد وإن قال علمت حرمتها حد لأن بين هؤلاء أي بين الإنسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده انبساطا في الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع بخلاف ما بين الإنسان وأخيه وعمه على ما يأتي فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا

"(١).

"ينفي معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا قوله ومن زفت أي بعثت إليه غير امرأته وقال السناء هي روجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بأنه يثبت بالنسب من هذا

-----

(١) شرح فتح القدير، ٢٥٦/٥

الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالأوجه أنها شبهة دليل فإن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فإن قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل وقالت مولاي أرسلني إليك هدية فإذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة قوله ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا وأجيب بأنه، لما تبين خلاف الظاهر بقى الظاهر معتبرا في إيراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما على لعلمي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الإخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لأبيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعنى عدم ثبوت النسب للإجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط

". (١)

"دافق أي مرضية ومدقوق أو لكونها مسببة لزنا الزاني بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين من فعل هو زناها والزنا فعل من هو منهي عنه آثم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا إنها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لأنها إنما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فإن قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك أنه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة إلى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بأنه إنما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فإن تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد إنما هو

(١) شرح فتح القدير، ٢٥٨/٥

على تمكينها من الوطء المفضي إلى **اشتباه** النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقى أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل إدخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك **وشبهة** وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وإن لم يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لأن قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام هل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الإيجاب فلا تحد به والله أعلم ومما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كما أنه استفسر ما عزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لأنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فإنه

(١) ".

"يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع **شبهة** **الشبهة** قوله وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لأن الظاهر أنها امرأته أو أمته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحد أيضا لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس إقرارا موجبا للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان إقرار فبمرة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال أربعا حد وليس كذلك وإن أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد لأنه لا تشتبه عليه امرأته فإن قيل قد تشتبه عليه بأن لم تزف إليه قلنا الإنسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال **الاشتباه** فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لاتشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد قوله وإن شهد اثنان حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا

(١) شرح فتح القدير، ٢٧٢/٥

طاوعته فعند أبي حنيفة يندرىء الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم أي الشهود الأربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الأحسن وفي غالبها لاتفاقهما أي الفريقين وعليه قوله وتفرد أحدهما بزيادة جناية أي تفرد أحد الفريقين بزيادة جناية منه هي الإكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنا بصغيرة مشتهاة أو مجنونة ولأبي حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فإن المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما إذا كانت طائعة لأن الفعل أي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما م باشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما إذا كانت مكرهة

---

(١) ".

"– ٥ – أن لا يقتدي مسافر بمقيم بعد خروج الوقت في قضاء الرباعية لما يترتب عليه كون القعود الأول واجب في حق الإمام وفرض في حق المقتدي (المقتدي يصلي ركعتين فقط) . أما في الصلاة الحاضرة فيقتدي المسافر بالمقيم ويتابع إمامه فيصليها أربعا فعن أبي مجلز قال : قلت لابن عمر : " المسافر يدرك ركعتين من صلاة القوم – يعني المقيمين – أتجزيه الركعتان أو يصلي بصلاتهم . قال : فضحك وقال : يصلي بصلاتهم " (١)– ٦ – أن لا يقتدي بالمسبوق **لشبهة** اقتدائه– ٧ – أن لا يفصل بين الإمام والمقتدي صف من النساء– ٨ – أن لا يفصل بين الإمام والمأموم نهر أو طريق يسع فيه صفين أو أكثر في غير المسجد . أما في المسجد فلا مانع من اتساع الفاصل لأن المسجد كله بقعة واحدة– ٩ – أن لا يفصل بين الإمام والمأموم حائط كبير يؤدي إلى **اشتباه** حال الإمام على المأموم . أما إذا لم يشتبه حال الإمام على المأموم لسم اعه أو رؤيته فلا يمنع الجدار من صحة الاقتداء . وبناء على ذلك أفتى بعض علماء الحنفية بجواز صحة اقتداء المأموم ولو من بيته إذا اتصلت الصفوف وكان بحيث يسمع الصلاة ويعرف حال إمامه وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي في غرفة السيدة عائشة رضي الله عنها والناس في المسجد يصلون بصلاته فعن عائشة رضي الله عنها قالت : (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل في حجرته وجدار الحجرة قصير فرأى الناس شخص النبي صلى الله عليه وسلم فقام أناس يصلون بصلاته) (٢)– ١١ – أن لا يكون الإمام راكبا والمقتدي واقفا أو العكس أو راكبين على

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٨٤/٥

دابتين أو زورقين غير مقترنين . أما لو كانا راكبين على دابة أو زورق واحد صح الاقتداء لما روي عن أنس بن سيرين قال : " خرجت مع أنس بن مالك في أرض بلبق سرين حتى إذا كنا بدجلة حضرت الظهر فأمنا قاعدا على بساط في السفينة وإن السفينة لتجر بنا جر ا " (٣)." (١)

"(قوله لأن العبرة للقدم) ولهذا تشترط طهارة مكانه رواية واحدة ، بخلاف مكان السجود ، إذ فيه روايتان ، وكذا لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بوضع القدمين وإن كان باقي بدنه خارجها والصيد إذا كان رجلاه في الحرم ورأسه خارجه فهو صيد الحرم ففيه الجزاء بحر (قوله مطلقا) راجع إلى قوله وقيام الإمام في المحراب ، وفسر الإطلاق بما بعده وكذا سواء كان المحراب من المسجد كما هو العادة المستمرة أو لا كما في البحر (قوله إن علل بالتشبه إلخ) قيد للكراهة .وحاصله أنه صرح محمد في الجامع الصغير بالكراهة ولم يفصل ؛ فاختلف المشايخ في سببها ، فقيل كونه يصير ممتازا عنهم في المكان لأن المحراب في معنى بيت آخر وذلك صنيع أهل الكتاب ، واقتصر عليه في الهداية واختاره الإمام السرخسي وقال إنه الأوجه ، وقيل اشتباه حاله على من في يمينه ويساره ، فعلى الأول يكره مطلقا ، وعلى الثاني لا يكره عند عدم الاشتباه ، وأيد الثاني في الفتح بأن امتياز الإمام في المكان مطلوب ، وتقدمه واجب وغايته اتفاق الملتين في ذلك ، وارتضاه في الحلية وأيده ، لكن نازعه في البحر بأن مقتضى ظاهر الرواية الكراهة مطلقا ، وبأن امتياز الإمام المطلوب حاصل بتقدمه بلا وقوف في مكان آخر ، ولهذا قال في الولوالجية وغيرها إذا لم يضق المسجد بمن خلف الإمام لا ينبغي له ذلك لأنه يشبه تباين المكانين انتهى .يعني : وحقيقة اختلاف المكان تمنع الجواز فشبهة الاختلاف توجب الكراهة والمحراب وإن كان من." (٢)

"باب العاشر قيل هذا من تسمية الشيء باسم أحواله ولا حاجة إليه بل العشر علم لما يأخذه العاشر مطلقا ذكره سعدي أي علم جنس (هو حر مسلم) بهذا يعلم حرمة تولية اليهود على الأعمال (غير هاشمي) لما فيه من شبهة الزكاة (قادر على الحماية) من اللصوص والقطاع لأن الجباية بالحماية .(نصبه الإمام على الطريق) للمسافرين خرج الساعي فإنه الذي يسعى في القبائل ليأخذ صدقة المواشي في أماكنها (ليأخذ الصدقات) تغليبا للعبادة على غيرها (من التجار) بوزن فجار (المارين بأموالهم) الظاهرة والباطنة (عليه) وما ورد من ذم العشار محمول على الأخذ ظلما .(فمن أنكر تمام الحول أو قال) لم أنو التجارة أو (علي دين) محيط أو منقص للنصاب ؛ لأن ما يأخذه زكاة معراج ، وهو الحق بحر ولذا

---

(١) فقه العبادات – حنفي، ص/٢٠٨

(٢) رد المحتار، ٣٦/٥

أطلقه المصنف (أو) قال (أديت إلى عاشر آخر وكان) عاشر آخر محقق (أو) قال (أديت إلى الفقراء في المصر) را بعد الخروج لما يأتي (وحلف صدق) في الكل بلا إخراج براءة في الأصح .لاشتباه الخط ، حتى لو أتى بها على خلاف اسم ذلك العاشر حلف وصدق وعدت عدما ولو ظهر كذبه بعد سنين أخذت منه (إلا في السوائم والأموال الباطنة بعد إخراجها من البلد) لأنها بالإخراج التحقت بالأموال الظاهرة فكان الأخذ فيها للإمام فيكون هو الزكاة ، والأول ينقلب نفلا ويأخذها منه بقوله لقول عمر : لا تنبشوا على الناس متاعهم لكنه يحلفه إذا اتهم (وكل ما صدق فيه مسلم) مما مر (صدق فيه ذمي) لأن." (١)

"(قوله : فأكل عمدا) وكذا لو جامع عمدا كما في نور الإيضاح فالمراد بالأكل الإفطار (قوله : للشبهة) علة للكل قال في البحر : وإنما لم تجب الكفارة بإفطاره عمدا بعد أكله أو شربه أو جماعه ناسيا ؛ لأنه ظن في موضع الاشتباه بالنظير ، وهو الأكل عمدا ؛ لأن الأكل مضاد للصوم ساهيا أو عامدا فأورث شبهة وكذا فيه شبهة اختلاف العلماء ، فإن مالكا يقول بفساد صوم من أكل ناسيا وأطلقه فشمل ما لو علم أنه لم يفطره بأن بلغه الحديث أو الفتوى أو لا وهو قول أبي حنيفة ، وهو الصحيح وكذا لو ذرعه القيء وظن أنه يفطره فأفطر ، فلا كفارة عليه لوجود شبهة الاشتباه بالنظير فإن القيء والاستقاء متشابهان ؛ لأن مخرجهما من الفم وكذا لو احتلم للتشابه في قضاء الشهوة وإن علم أن ذلك لا يفطره فعليه الكفارة ؛ لأنه لم توجد شبهة الاشتباه ولا شبهة الاختلاف ا هـ .(قوله : إلا في مسألة المتن) وهي ما لو أكل وكذا لو جامع أو شرب ؛ لأن علة عدم الكفارة خلاف مالك وخلافه في الأكل والشرب والجماع كما في الزيلعي والهداية وغيرهما ح (قوله : مطلقا) أي علم عدم فطره أو لا (قوله : خلافا لهما) فعندهما عليه الكفارة إذا علم بعدم فطره في مسألة المتن .قلت : وهذا يرد ما نقله ح عن القهستاني أول الباب من أن من أفطر ناسيا يفسد صومه إذ لو فسد لم تلزمه الكفارة إذا أكل بعده عامدا ولم أر من ذكر هذا غيره وكذا يرده ما نقلناه عن البدائع عند قوله وإن حرك نفسه نعم." (٢)

"كذا في الهداية أي إقامة العقد مقام الوطء باعتبار كون العقد داعيا إلى الوطء .وعندهما ابتداء المدة من وقت العقد قياسا على الصحيح ، والمشايخ أفتوا بقول محمد لعدم صحة القياس المذكور .وفائدة الخلاف فيما إذا أتت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الدخول فإنه لا يثبت نسبه على

---

(١) رد المحتار، ١٠٨/٧

(٢) رد المحتار، ٤١٩/٧

المفتى به .ا هـ .إذا علمت ذلك فيمكن أن يحمل ما في الاختيار والمحيط على قول محمد ، وأن المراد من عدم ثبوت النسب إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول وإن كان لأكثر منها من وقت العقد ، ويحمل ما تقدم عن الزيلعي على قولهما بدليل أنه فرض المسألة فيما إذا ولدت لستة أشهر مذ تزوجها ولم يعتبر وقت الدخول بقرينة تمام الكلام ولا يخفى أن التوفيق أولى من الخطأ وشق العصا (قوله : والموطوءة بشبهة) كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعى الاشتباه كذا في الفتح .وأفاد في النهر بحثا أن من ذلك ما وقع الاستفتاء عنه فيمن اشترى أمة فوطئها ثم أثبتت أنها حرة الأصل ا هـ وهو ظاهر .ومن ذلك ما لو وطئ معتدته بشبهة وستأتي ، ومنه ما في كتب الشافعية إذا أدخلت منيا فرجها ظنته مني زوج ، أو سيد عليها العدة كالموطوءة بشبهة .قال في البحر : ولم أره لأصحابنا ، والقواعد لا تأباه لأن وجوبها لتعرف براءة الرحم (قوله : ومنه) أي من قسم الوطء بشبهة .قال في النهر : وأدخل في شرح السمرقندي منكوحة الغير تحت الموطوءة بشبهة .حيث قال." (١)

"مثلك لا يخل (قوله خال عن ملكه) أي ملك يمينه وملك نكاحه ، وهو صفة لقبل ط أو صفة لوطء (قوله وشبهته) أي شبهة ملك اليمين وملك النكاح .فالأولى كوطء جارية مكاتبة أو عبده المأذون المديون ، أو جارية المغنم بعد الإحراز بدارنا في حق الغازي .والثانية كتزوج امرأة بلا شهود أو أمة بلا إذن مولاها ، أو تزوج العبد بلا إذن مولاه حموي عن المفتاح ط (قوله أي في المحل) ويقال لها شبهة ملك وشبهة حكمية كوطء جارية ابنه ط (قوله لا في الفعل) وتسمى شبهة اشتباه كوطء معتدة الثلاث .وحاصله أن شرط كون الوطء زنا خلوه عن شبهة المحل ؛ لأنها توجب نفي الحدود وإن لم يظن حله ، بخلاف شبهة الفعل فإنها لا تنفيه مطلقا ، بل إن ظن الحل ، أما إن لم يظنه فلا ، ولذا خصص الأولى بالإرادة مع أنه لو أريد خلوه عما يعم شبهة الفعل بقيد ظن الحل فيها صح أيضا أفاده السيد أبو السعود (قوله في دار الإسلام) مفعول زاد وهذا القيد يومئ إليه قولهم وأين هو ، وكذا قولهم في الباب الآتي لا حد بالزنا في دار الحرب والبغي .وعليه فكان الأولى أن يقول في دار العدل ليخرج دار البغي أيضا ، وهذا إذا لم يزن داخل المعسكر الذي فيه السلطان أو نائبه المأذون له بإقامة الحد ، وإلا فإنه يحد كما سيأتي هناك (قوله أو تمكينه) بالرفع عطف على وطء وأو للتقسيم والتنويع واسم الإشارة للوطء ط (قوله فقعدت على ذكره) أي واستدخلته بنفسها (قوله أو تمكينها) لما كانت المرأة تحد." (٢)

---

(١) رد المحتار، ٣٨٢/١٢

(٢) رد المحتار، ٤٩٩/١٤

"باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لقيام الشبهة لحديث " ﴿ ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم ﴾ .(الشبهة ما يشبه) الشيء (الثابت وليس بثابت) في نفس الأمر (وهي ثلاثة أنواع : شبهة) حكمية (في المحل وشبهة) اشتباه (في الفعل ، وشبهة في العقد) والتحقيق دخول هذه في الأوليين وسنحققه (فإن ادعاها) أي الشبهة (وبرهن قبل) برهانه (وسقط الحد وكذا يسقط) أيضا (بمجرد دعواها إلا في) دعوى (لإكراه) خاصة (فلا بد من البرهان) لأنه دعوى بفعل الغير فيلزم ثبوته بحر." (١)

"يكن أعتقها أحد الشريكين وإلا ففيه تفصيل مذكور في الخانية (قوله ووطء جارية مكاتبه وعبده إلخ) ؛ لأن له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه زيلعي ، وأما غير المديون فهو على ملك سيده (قوله ووطء جارية من الغنيمة) أي وطء أحد الغانمين قبل القسمة كما في البحر عن البدائع ، قال ح : وسيأتي في كتاب السرقة عن الغاية بحثا عدم قطع من سرق من الغنم وإن لم يكن له حق فيه ؛ لأنه مباح الأصل فصار شبهة فكان ينبغي الإطلاق هنا أيضا تأمل .ا هـ .قلت : وفيه أن ما كان مباح الأصل هو ما يوجد في دار الإسلام تافها مباحا كالصيد والحشيش فهذا لا يقطع به وإن ملك وسرق من حرز ، وجارية المغنم ليست كذلك وإلا لزم أن لا يقطع بها ولو بعد الإحراز والقسمة ، وكذا لو زنى بها تأمل (قوله ووطء جاريته قبل الاستبراء) هذه من زيادات الفتح .وفيه أن الملك فيها كامل من كل وجه إلا أنه منع من وطئه لها خوف اشتباه النسب ، والكلام في وطء حرام سقط فيه الحد لشبهة الملك ، وهذه فيها حقيقة الملك فكانت كوطء الزوجة الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة مما منع من وطئها لعارض الأذى أو إفساد العبادة مع قيام الملك ، إلا أن يراد بشبهة الملك ملك الوطء لا ملك الرقبة فليتأمل (قوله والتي فيها خيار للمشتري) أي إذا وطئها البائع واقتصر على ذكر المشتري ؛ لأنه يعلم منه ما إذا كان الخيار للبائع بالأولى ؛ لأنه لم يحد إذا كان للبائع لبقاء ملكه ، وإن كان للمشتري فلأن المبيع لم." (٢)

"(و) لا حد أيضا (بشبهة الفعل) وتسمى شبهة اشتباه : أي شبهة في حق من حصل له اشتباه (وإن ظن حله) العبرة لدعوى الظن وإن لم يحصل له الظن ؛ ولو ادعاه أحدهما فقط لم يحدا حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة نهر (كوطء أمة أبويه) وإن عليا شمني (ومعتدة الثلاث) ولو جملة (وأمة امرأته وأمة سيده) ووطء (المرتهن) الأمة (المرهونة) في رواية كتاب الحدود ، وهو المختار زيلعي .وفي

---

(١) رد المحتار، ١٥/٤٤

(٢) رد المحتار، ١٥/٥١

الهداية : المستعير للرهن كالمرتهن وسيجيء حكم المستأجرة والمغصوبة ، وينبغي أن الموقوفة عليه كالمرهونة نهر (و) معتدة (الطلاق على مال) وكذا المختلعة على الصحيح بدائع ومعتدة (الإعتاق و) الحال أنها (هي أم ولده ، و) الواطئ (إن ادعى النسب يثبت في الأولى) شبهة المحل (لا في الثانية) أي شبهة الفعل لتمحضه زنا (إلا في المطلقة ثلاثا بشرطه) بأن تلد لأقل من سنتين لا لأكثر إلا بدعوة كما مر في بابه ، وكذا المختلعة والمطلقة بعوض بالأولى نهاية (و) إلا (في وطء امرأة زفت) إليه (وقال النساء هي زوجتك ولم تكن كذلك) معتمدا خبرهن فيثبت نسبه بالدعوة بحر .s." (١)

"مطلب في بيان شبهة الفعل (قوله بشبهة الفعل) أي الشبهة في الفعل الذي هو الوطء حيث كان مما قد يشتبه عليه حرمته لا في محله وهو الموطوءة ؛ لأن حرمة المحل هنا مقطوع بها إذ لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن في حل المحل شبهة أصلا (قوله أي شبهة في حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف إن ظن حله ؛ لأن من ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر ولذا قال في الفتح إنها تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة إذ لا دليل في السمع يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الأمر ، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا .ا ه). قوله إن ظن حله) شرط لقوله ولا حد إلخ فنفي الحد هنا مشروط بظن الحل لما علمت أن هذا الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة ، فلو لم يظن الحل شبهة أصلا بخلاف ما مر فإن الشبهة فيه جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلي ظن الحل فلماذا انتفى الحد فيه سواء ظن الحل أو لا). قوله العبرة لدعوى الظن إلخ) أي لا للظن نفسه فإنه يحد إن لم يدع وإن حصل له الظن ، ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن ابن كمال ، وفيه تورك على عبارة المصنف ، لكن لا يخفى أن الظن أمر باطني لا يعلمه القاضي إلا بدعوى صاحبه ، فقوله إن ظن حله : أي إن علم القاضي أنه ظن." (٢)

"حصل الاشتباه ذخيرة (قوله المستعير للرهن) اللام للتعليل : أي الذي استعار أمة ليرهنها لا للتعدية حتى يكون المعنى استعار أمة مرهونة من المرتهن ا هـ ح .والمناسب أن يقول لا للتقوية ؛ لأن اسم الفاعل هنا متعد بنفسه ، تقول أنا مستعير فرسا فإذا قلت مستعير للفرس كانت زائدة لتقوية العامل كقوله تعالى – ﴿ مصدقا لما معهم ﴾ – ولعل وجه كون المستعير بمنزلة المرتهن هو أنه إذا استعار شيئا ليرهنه بكذا ثم

---

(١) رد المحتار، ١٥/٥٣

(٢) رد المحتار، ١٥/٥٤

هلك عند المرتهن صار مستوفيا لدينه ووجب مثل الدين للمعير على المستعير ؛ لأنه صار قاضيا دينه بالرهن كما تقرر في محله ، فإذا غرم مثله للمعير صار مالكا له فكان بمنزلة المرتهن تأمل (قوله وسيجيء) أي في هذا الباب (قوله وكذا المختلعة) أي على مال ؛ لأنه لو كان خلعا خلا عن مال كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر (قوله يثبت في الأولى) هذا في غير الجد إذا وطيء جارية ابن ابنه وابنه حي ؛ لأن الجد لا يتملكها حال حياة الأب فلا يثبت النسب بدعوى الجد ، نعم إن صدقه ابن الابن عتق لزعمه أنه عمه ، وما في النهاية من أنه يثبت نسبه غلط كما حققه في الفتح (قوله لتمحضه زنا) ؛ لأنه لا شبهة ملك فيه بل سقط الحد لظنه فضلا من الله تعالى وهو راجع إليه : أي إلى الوطء لا إلى المحل فكأن المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت النسب بهذا الوطء ولذا لا تثبت به عدة ؛ لأنه لا عدة من الزنا فتح (قوله بشرطه) أي بشرط الثبوت ، والمناسب إسقاطه كما يظهر." (١)

"قريبا (قوله بأن تلد إلخ) بدل من قوله بشرطه .قال ح : ويحمل على وطء سابق على الطلاق كما تقدم في باب ثبوت النسب .لا نقول إنه انعقد من هذا الوطء الحرام حيث أمكن حمله على الحلال (قوله لا لأكثر) ومثل الأكثر تمام السنتين ح (قوله كما مر في بابه) من أنه لا يثبت النسب في المطلقة ثلاثا بعد سنتين إلا بدعوة ح .قلت : وتحصل من هذا أنه إذا ادعى الولد يثبت النسب سواء ولدت لأقل من سنتين أو لأكثر وإن لزم الوطء في العدة لوجود شبهة العقد ، وأما بدون الدعوى فلا يثبت إلا إذا ولدت لأقل من سنتين حملا على أنه بوطء سابق على الطلاق ، فقول المصنف بشرطه لا محل له ؛ لأن كلامه فيما إذا ادعى النسب وفيه يثبت مطلقا كما علمت ، وهو الذي حرره في الفتح وتبعه في البحر (قوله بالأولى) ؛ لأنها أقل من الثلاث ط فإن حرمة الثلاث تزيل حل المحلية ولذا لا تحل له إلا بعد زواج آخر (قوله وإلا في وطء امرأة إلخ) الاستثناء في هذه مبني على أنها من شبهة الاشتباه أي شبهة الفعل ، وعليه مشى الزيلعي ، وكذا صاحب البحر أولا ، وقيل إنها شبهة محل ، وذكر في الفتح أولا أنه الأوجه ؛ لأن قولهن هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء لقبول قول الواحد في المعاملات ، ولذا حل وطء من قالت أرسلني مولاي هدية إليك ، ثم قال : والحق أنه شبهة اشتباه ؛ لأن الدليل المعتبر فيها ما يقتضي ثبوت الملك لا ما يطلق شرعا مجرد الوطء ا هـ ملخصا فليتأمل (قوله وقال النساء) الجمع." (٢)

---

(١) رد المحتار، ١٥/٥٧

(٢) رد المحتار، ١٥/٥٨

"ه .على أن ما في عامة الشروح مقدم ، وكذلك في الفتح نقل عن الخلاصة أن الفتوى على قولهما ثم وجهه بأن **الشبهة** تقتضي تحقق الحل من وجه وهو غير ثابت وإلا وجبت العدة والنسب ، ثم دفع ذلك بأن من المشايخ من التزم وجوبهما ، ولو سلم عدم وجوبهما لعدم تحقق الحل من وجه **فالشبهة** لا تقتضي تحقق الحل من وجه ؛ لأن **الشبهة** ما يشبه الثابت وليس بثابت ، فلا ثبوت لما له **شبهة** الثبوت بوجه ، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون ، وإنما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه **شبهة** فلا يثبت نسبه ا ه ملخصا .وحاصله أن عدم تحقق الحل من وجه في المحارم لكونه زنا محضا يلزم منه عدم ثبوت النسب والعدة ، ولا يلزم منه عدم **الشبهة** الدارئة للحد .ولا يخفى أن في هذا ترجيحا لقول الإمام (قوله وحرر في الفتح إلخ) صوابه في النهر ، فإنه بعد ما ذكر ما قدمناه عن الفتح قال : وهذا إنما : يتم بناء على أنها **شبهة** **اشتباه** .قال في الدراية : وهو قول بعض المشايخ .والصحيح أنها **شبهة** عقد ؛ لأنه روي عن محمد أنه قال سقوط الحد عنه **لشبهة** حكمية فيثبت النسب ، وهكذا ذكر في المنية ا ه وهذا صريح بأن **الشبهة** في المحل وفيها يثبت النسب على ما مر ا ه كلام النهر ، قلت : وفي هذه زيادة تحقيق لقول الإمام لما فيه من تحقيق **الشبهة** حتى ثبت النسب ، ويؤيده ما ذكره الخير الرملي في باب المهر عن العيني ومجمع الفتاوى أنه يثبت النسب عنده خلافا لهما (."[١]

"درئ عنه الحد .ا ه .وفي التتارخانية عن شرح الطحاوي : شهد عليه أربعة بالزنا وأثبتوه ثم ادعى **شبهة** فقال ظننت أنها امرأتي لا يسقط الحد ، ولو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود .ا ه .وفي البحر لو ادعى أنها زوجته فلا حد وإن كانت زوجة للغير ولا يكلف إقامة البينة **للشبهة** كما لو ادعى السارق أن العين ملكه سقط الحد بمجرد دعواه ا ه وتقدمت هذه متنا في الباب السابق .قلت : وانظر وجه الفرق بين قوله ظننت أنها امرأتي وقوله هي امرأتي ، ولعل وجهه أن قوله ظننت يدل على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقرارا بالزنا بأجنبية ، بخلاف قوله هي امرأتي أو اشتريتها ونحوه فإنه جازم به وبأن فعله غير زنا فتأمل .بقي هنا شيء وهو أن **الشبهة** في هذه المسائل وفي مسألة المتن التي قبلها لم أر من ذكر أنها من أي أقسام الشبه الثلاثة ، وظاهر كلامهم أنها خارجة عنها .ووجهه أنه في هذه المسائل يدعي حقيقة الملك الذي لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرما بخلاف تلك الأقسام .والظاهر أن النسب هنا لا يثبت وأن الفعل تمحض زنا وإنما سقط الحد **لشبهة** صدقه في دعواه الملك بالعقد .أو بالشراء ونحوه ، وبهذا

---

(١) رد المحتار، ١٥/٦٣

لا يثبت النسب ؛ لأن الملك ثابت لغيره وعلى هذا فيمكن دخولها في شبهة الفعل وهي شبهة الاشتباه ؛ لأن مرجعها إلى أنه اشتبه عليه الأمر بظنه الحل والله سبحانه أعلم." (١)

"(شهدوا على زناه بغائبة حد ، ولو على سرقة من غائب لا) لشرطية الدعوى في السرقة دون الزنا .s(قوله بغائبة) أي والشهود يعرفونها ، إذ لا حد عليه بعدم معرفتها كما يأتي شرنبلالية (قوله ولو على سرقة) مثله القذف كما يشير إليه تعليله ح (قوله لشرطية الدعوى إلخ) أي أنها شرط للعمل بالبينة ؛ لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه فلا تقبل بلا دعوى ، وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي ولا يقال : يحتمل أن الغائبة لو حضرت تدعي النكاح فيسقط الحد .؛ لأنا نقول دعواها النكاح شبهة واحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فلا تعتبر وإلا أدى إلى نفي كل حد ؛ لأن ثبوته بالبينة أو الإقرار ويحتمل أن يرجع المقر أو الشهود وذلك لا يعتبر ؛ لأن نفس هذا الرجوع شبهة واحتماله شبهة الشبهة أفاده في الفتح (قوله حد) ؛ لأنه لا يخفى عليه من له فيها شبهة فإنه كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه ، وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ، ولكن علمت بأنها أجنبية ، فكان هذا كالمنصوص عليه ، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من تشتبه عليه فلا يكون قول الشاهد لا أعرفها موجبا للحد فتح." (٢)

"(والسلب للكل إن لم ينفل) لحديث " ﴿ ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك ﴾ " فحملنا حديث السلب على التنفيل .قلت : وفي معروضات المفتي أبي السعود هل يحل وطء الإمام المشتراة من الغزاة الآن حيث وقع الاشتباه في قسمتهم بالوجه المشروع ؟ فأجاب : لا توجد في زماننا قسمة شرعية لكن في سنة ٩٤٨ وقع التنفيل الكلي فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة ابتداء انتهى فليحفظ والله أعلم .s." (٣)

"(قوله لا سيد بعبده إلخ) ؛ لأن عبده ماله فلا يستحق المطالبة على نفسه والمدبر مملوك ، والمكاتب رقيق ما بقي عليه درهم ، وعبد ولده في حكم ملكه لحديث ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾ لكن عليه الكفارة في الكل كما في الجوهرة (قوله هذا) أي قوله وعبد ولده وأراد به بيان العلة (قوله كما سيجيء) أي قريبا (قوله ولا بعبد الرهن) أي ولا يقتل قاتل عبد الرهن حتى يجتمع الراهن والمرتهن ؛ لأن المرتهن

---

(١) رد المحتار، ١٥/٨٥

(٢) رد المحتار، ١٥/٩٦

(٣) رد المحتار، ١٦/٣٧

لا ملك له فلا يلي القصاص والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الرهن ، فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه ا هـ درر .وفيه أن استيفاء المرتهن قد تم بهلاك الرهن فما الداعي لرضاه بعد سقوط حقه .وأجيب بأن الاستيفاء غير متقرر لاحتمال عدم القود إما بالصلح أو بدعوى الشبهة بالقتل فيصير خطأ ا هـ ط (قوله وعليه) أي على قول محمد يحمل ما في الدرر من أنه لا قود وإن اجتمعا (قوله أنه) أي ما في الدرر أقرب إلى الفقه لاشتباه من له الطلب كمكاتب ترك وفاء ووارثا ، لكن قال الزيلعي : والفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لا يستحق القصاص ؛ لأنه لا ملك له ولا ولاء فلم يشبه من له الحق ، بخلاف المكاتب كما يأتي .(قوله بقي لو اختلفا) أي طلب أحدهما القصاص والآخر الدية ، وهذا محترز قوله حتى يجتمع العاقدان (قوله فالقود للمؤجر) ؛ لأنه المالك ولم يبق للمستأجر حق فيه ولا في بدله (قوله فإن أجاز المشتري البيع) أي أمضاه على حاله ولم يختر فسخه والرجوع." (١)

"الأولى حذف لا في الموضعين ط (قوله معللا) أي الزيلعي لا صاحب الأشباه فإنه لم يذكر تعليلا ؛ لأنه قال : وكذا إقراره بجناية موجبة للدفع أو الفداء غير صحيح بخلافه بحد أو قود ا هـ .اللهم إلا أن يقال وصفه الجناية بقوله موجبه إلخ في معنى التعليل (قوله فتأمله) يشير إلى أن ما فهمه المصنف من كلام الزيلعي غير ظاهر ؛ لأن مفاد التعليل بطلان الإقرار في حالة الرقية إذ لا يتأتى إلزام المولى بالدفع أو الفداء بعد العتق فيطالب به العبد إذا عتق لعدم وجود العلة فافهم .ويدل على ذلك تعليل الزيلعي أيضا لبطلان الإقرار بالمال بأنه إقرار على المولى .ولا يكون ذلك بعد العتق .ولا شبهة أن إقرار العبد المحجور بالمال مؤخر إلى ما بعد العتق ، إذ لا ضرر بالمولى بعده ، ولذا قال العلامة الرملي إن ما في الجوهرة هو محمل كلام الزيلعي والأشباه بلا اشتباه ا هـ .قلت : لكن سيذكر الشارح في باب جناية الملوك نقلا عن البدائع أن الخطأ إنما يثبت بالبينة وإقرار المولى لا بإقراره أصلا ، وقدمنا في كتاب الحجر عن الجوهرة قولين في المسألة ويأتي تمام بيانه إن شاء الله تعالى فتنبه (قوله لكن علله القهستاني إلخ) أي علل عدم جواز إقراره العبد بالخطأ والمراد بالعاقلة المولى ؛ لأنهم يطلقون عليه أنه عاقلة عبده ، وحيث أطلق عليه عاقلة فلا يصح إقرار العبد عليه .ثم إن كلام القهستاني لا يفيد أن العبد لا يؤخذ بذلك بعد عتقه خلافا لما أفاده كلام الزيلعي." (٢)

" الأصول فليراجع

---

(١) رد المحتار، ٢٨/٢٠

(٢) رد المحتار، ٢٨/٩٩

وكذا من وطئت **بشبهة** بملك النكاح كمن استأجرته فإنه تجب العدة عنده خلافا لهما وكمن زفت إليه غير امرأته وهو لا يعرف أو بملك اليمين كجارية ابنه وأبيه وأمه وامرأته وقال لا أظن أنها تحل لي كما في القهستاني أو ب سبب نكاح فاسد كالمتعة والمؤقت وبلا شهود ونكاح الأخت في عدة أختها ونكاح الخامسة في عدة الرابعة وفيه إشارة إلى أنه لا عدة على الموطوءة بالزنا ولا على المخلو بها **بالشبهة** وفرق سواء بالقضاء أو غيره أو مات عنها زوجها وهما متعلقان بالموطوءة بهما لا بد للتعرف فإن قيل التعرف يحصل بحيضة واحدة كما في الاستبراء قلنا إنما وجب الثلاثة في النكاح الصحيح لجواز أن تحيض الحامل إذ هو مجتهد فيه فلا يتبين الفراغ بحيضة فقدر بالثلاث ليعلم فراغ الرحم لأنه عدد معتبر في الشرع والفاسد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب فيقدر بالأقراء الثلاثة صيانة للماء عن الاختلاط والأنساب عن **الاشتباه** كما قدر الصحيح بها والغرض من الأمة قضاء الشهوة لا الولد فلم يكن أمرها مهما فاكتفي باستبرائها بحيضة بخلاف أم الولد

و كذا أم ولد أعتقت أو مات عنها مولاها فإن عدتها أيضا إذا كانت ممن تحيض ثلاث حيض كوامل لزوال الفراش كمنكوحة بخلاف غيرها من الإماء وعند الأئمة الثلاثة حيضة لزوال ملك اليمين كالاستبراء هذا إذا لم تكن مزوجة أو معتدة وإلا لا يجب عليها العدة بموت المولى ولا بالإعتاق ولا يحتسب من العدة حيض طلقت فيه لأن ما وجد منها قبل الطلاق لا يحتسب من العدة فلا يحتسب ما بقي لأن الحيضة لا تتجزأ ولو قال حيض وقعت الفرقة لكان شاملا للفسخ والرفع تدبر

وإن كانت الحرة مطلقة أو مفسوخا عنها أو مرفوعا لا تحيض لكبر أو صغر أو بلغت بالسن أي وصلت إلى خمسة عشر سنة على المفتى به ولم تحض فإنها لو حاضت ثم ارتفع حيضها فإن عدتها بالحيض إلى أن تبلغ حد الإياس فثلاثة أشهر أي فعدتها ثلاثة أشهر بالأيام إن وطئت حقيقة أو حكما حتى تجب على مطلقة بعد الخلوة ولو فاسدة

و عدة الحرة مؤمنة أو كافرة تحت مسلم صغيرة أو كبيرة ولو

". (١)

" باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قد تقدم حقيقة الزناء وهو الذي يوجب الحد وكيفية إثباته ثم شرع في تفاصيله وبدأ ببيان **الشبهة** فقال **الشبهة** وهي ما يشبه الثابت وليس في نفس الأمر بثابت

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/١٤٣

أو اسم من **الاشتباه** وهي ما بين الحلال والحرام والخطأ والصواب دارئة أي دافعة للحد عن الواطئ لما تقدم قال الإسبيجابي الأصل أنه متى ادعى **شبهة** وأقام البينة عليها سقط الحد فبمجرد الدعوى يسقط أيضا الإكراه خاصة فلا يسقط به الحد حتى يقيم البينة على الإكراه وهي أي **الشبهة** نوعان هذا مسلك صاحب الوقاية والكنز لكن في الإصلاح وغيره أن **الشبهة** ثلاثة أنواع في المحل وفي الفعل وفي العقد ولا يمكن درج الثالثة في الثانية لأن النسب يثبت فيها ولا شيء فيها على الجاني وإن اعترف بالحرمة **شبهة** في الفعل أي الوطء وتسمى **شبهة الاشتباه** أي **شبهة** المشتبه المعتبر في حقه لا غير وهي أي **الشبهة** في الفعل ظن غير الدليل على حل الفعل دليلا عليه فلا يحد فيها أي في **شبهة** الفعل إن ظن الواطئ الحل قال في الإصلاح إن ادعى الحل وعلل بأن العبرة لدعوى الظن لا للظن فإنه يحد إن لم يدع وإن حصل له الظن ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن تأمل وإلا أي وإن لم

____

". (١)

" يظن الحل يحد قالوا هذه **الشبهة** في ثمانية مواضع والزيادة عليها حاصلة بالنظر لتعدد الأصول وإلى هذه المواضع أشار بقوله كوطء معتدته من ثلاث لأن حرمتها مقطوع بها فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقي فيها بعض الأحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل **اشتباه** لذلك فأورث **شبهة** عند ظن الحل لأنه في موضع **الاشتباه** فيعذر والإطلاق شامل ما إذا وقعها جملة أو متفرقا

وفي البحر سؤال وجواب فليطالع أو كوطء معتدته من طلاق على مال

وفي الهداية والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة

وفي البحر ومرادهم الطلاق على مال بغير لفظ الخلع أما إذا كان بلفظ الخلع ففيه الاختلاف لكن الصحيح أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا ذكره الكرخي أو كوطء أم ولد أعتقها لثبوت حرمتها بالإجماع وتثبت **الشبهة** عند **الاشتباه** لبقاء أثر الفراش وهي العدة أو كوطء أمة أصله أي أبيه وأمه

____

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٣٤٤

وإن علا من الأجداد والجدات فإن اتصال الأملاك بين الأصول والفروع قد يوهم أن للابن ولاية وطء جارية الأصل كما في العكس أو كوطء أمة زوجته فإن غنى الزوج بمال زوجته المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أي بمال خديجة قد يورث شبهة أن مال الزوجة ملك للزوج كما في أكثر المعتبرات وما قاله الباقاني وغيره من أنه قد أجمع على أن نسبة الإغناء نسبة مجازية بخلاف قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك على أن هذا التفسير غير متعين

---

(١) ".

"كما ذكر في كتب التفسير مع أنه يحتمل الخصوص ليس بسديد لأن كون نسبة الإغناء نسبة مجازية لا ينافي إيراث الشبهة مع تصريحهم إغناءه بمال خديجة وإن كان على قول تأمل

أو كوطء أمة سيده لأن العبد ينتفع بمال المولى عادة مع كمال الانبساط فإذا ظن أن وطء الجواري من قبيل الاستخدام واشتبه عليه الحال يكون معذورا

وكذا وطء المرتهن المرهونة فإذا قال المرتهن علمت أنها حرام ففيه روايتان ففي رواية كتاب الرهن لا حد عليه

وفي رواية كتاب الحد يجب الحد في الأصح كما في الهداية

وفي التبيين وهو المختار لأن الاستيفاء من عينها لا يتصور وإنما يتصور من ماليتها فلم يكن الوطء حاصلا في محل الاستيفاء لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال في الجملة وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة حصل الاشتباه وأما على رواية الإيضاح أنه يحد سواء ظن أو لا فهي مخالفة لعامة الروايات كما في الفتح

وفي الهداية والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن وأما الجارية المستأجرة والعارية الوديعة وكجارية أخيه فيحد وإن ظن الحل ففي هذه المواضع الثمانية لا يحد إذا قال إنها محل لي ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد وأطلق في ظن الحل فشمل ظن الرجل وظن الجارية فإن ظناه فلا حد وإن علما الحرمة وجب الحد وإن ظنه الرجل وعلمته الجارية أو بالعكس فلا حد كما في المحيط

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣٤٥/٢

و النوع الثاني من نوعي الشبهة شبهة في المحل أي الموطوءة وتسمى شبهة ملك وشبهة حكمية وهي قيام دليل ناف للحرمة في ذاته أي إذا نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فلا يحد الجاني فيها أي في الشبهة في المحل

وإن وصلية علم بالحرمة كوطء أمة ولده وإن سفل فإنه عليه الصلاة والسلام أضاف مال الولد إلى الأب

". (١)

" فاللام التمليك فقال أنت ومالك لأبيك ولم يثبت حقيقة الملك فتثبت شبهته عملا بحرف اللام بقدر الإمكان أو كوطء مشتركته فإن الملك فيها دليل جواز الوطء أو كوطء معتدته بالكنايات بأن قال لها أنت بائن أو علي حرام أو بتة أو برية مثلا وأراد البينونة أو الثلاث ثم جامعها في عدتها لا حد عليه لقول بعض الصحابة رضي الله تعالى عنهم إن الكنايات رواجع وإن نوى الثلاث دون الثلاث لا فائدة في هذا اللفظ لأنه إن أراد معتدته من الثلاث صريحا فقد مر في شبهة الفعل وإن أراد ألفاظ الكنايات إذا نوى بها الثلاث فليس حكمها ذلك كما ذكر قبيلها والصواب الترك تأمل

أو كوطء البائع الأمة المبيعة أو كوطء الزوج الأمة الممهورة أي التي جعلها صداقا لامرأة تزوجها قبل تسليمها أي قبل تسليم المبيعة إلى المشتري في البيع الصحيح وقبل التسليم وبعده في الفاسد والمبيعة بشرط الخيار سواء للبائع أو للمشتري وقبل تسليم الممهورة إلى الزوجة لأن كون المبيعة في يد البائع بحيث لو هلكت انتقض البيع دليل الملك في المبيعة وكون المهر صلة أي غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك فلا يحد الواطئ في هذه المواضع وإن قال علمت أنها حرام خلافا لزفر والنسب يثبت في هذه أي في شبهة المحل عند الدعوة لعدم تمحضه زنى لقيام الدليل النافي للحرمة لا في الأولى أي لا يثبت النسب في شبهة الفعل

وإن وصلية ادعى لتمحضه زنى وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الحال عليه هذا ليس بمجرى على العموم فإن في

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣٤٦/٢

(١) ".

" المطلقة الثلاث يثبت النسب لأن هذا وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب

ويحد بوطء أمة أخيه أو عمه أو ذي رحم محرم غير الولاد أو المستأجرة أو المستعارة

وإن وصلية ظن حلها لأنه لم يستند ظنه إلى دليل

وكذا يجب الحد بوطء امرأة وجدها على فراشه وقال حسبتها امرأتي لعدم الاشتباه مع طول الصحبة فلم يكن هذا الظن مستندا إلى دليل

وإن وصلية كان أعمى لإمكان التمييز بالسؤال إلا إن دعاها فقالت أي أجابت تلك المرأة فقالت أنا زوجتك فوطئها لا يحد لأنه اعتمد على الإخبار وهو دليل في حقه ولو جاءت بولد ثبت نسبه قيد بقوله وأنا زوجتك لأنها إذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كما في العناية

لا يجب الحد بوطء أجنبية زفت أي بعثت إليه وقلن أي النساء بالجمع لكن الظاهر أنه ليس بشرط لأنه من المعاملات والواحدة تكفي فيها كما في البحر فعلى هذا لو أتى بصيغة المفرد كما في الكنز لكان أولى تأمل هي زوجتك لأنه اعتمد على إخبارهن في موضع الاشتباه إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور لكنه لا يحد قاذفه وعليه المهر أي مهر المثل والعدة ويثبت نسب ولدها منه لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط الحد فتعين المهر ولا بوطء بهيمة لأنه ليس في معنى الزنى في كونه جناية إلا أنه يعزر لأنه ارتكب جريمة والذي يروى أنها تذبح وتحرق فذلك يقطع التحدث به

وزنى في دار حرب أو بغي أي من زنى في دار الحرب أو البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد إلا إذا كان أمير المصر في دار الحرب فله أن يقيم الحد على من زنى في معسكره وتمامه في المنح وعند الأئمة يقام عليه الحد لو خرج إلينا وأقر لأنه التزام بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان ولنا قوله عليه الصلاة

---

(٢) ".

" إيضاح القيود : ١ – إذا كان أخذه : يفهم من ذكر لفظ الأخذ بصورة مطلقة هنا (انظر المادة ٦٤) أنه سواء أخذه عالما بأنه مال الغير أم غير عالم يلزم الضمان . كما لو استهلك شخص مال غيره

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٣٤٧

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٣٤٨

ظنا بأنه ماله يكون ضامنا . مثلا لو أعطى القصار أحدا ثوب الغير ظانا بأنه له واستهلكه ذلك الشخص يكون الاثنان ضامنين . راجع المادة (٩١٢) . والجهل ليس عذرا . ولصاحب المال أن يضمنه لمن يشاء منهما وإن ضمنه للمستهلك فليس لهذا أن يرجع على القصار . راجع المادة (٦٥٨) . وأما إذا ضمنه للقصار يرجع هذا على المستهلك (تكملة رد المحتار) . ٢ - على كل حال : هذا التعبير لأجل التعميم ويلاحظ هذا التعبير بثلاثة وجوه : الوجه الأول - بمعنى أنه سواء أكان هلاكه بلا تعد ولا تقصير أم بتعد وتقصير وعدم إتيان قيد قضاء في المثال يدل على أن المقصود هو التعميم فلا شبهة بأن التعميم المذكور صحيح في نفس الأمر ع‍ىى ما هو مصرح في المادة (٨٩١) . إلا أنه لا يجيء ملائما قيد قضاء المذكور في صدر المادة بمقام بلا تعد . الوجه الثاني - يعني أنه سواء أخذه لأجل الرؤية أو لأجل إراءته للغير أو لغرض آخر كالاستعمال مثلا . وهذا التعميم أيضا صحيح كما هو مذكور في البزازية ولكن لا يوجد في العبارة شيء يدل عليه . الوجه الثالث - بمعنى أنه سواء أسمي الثمن أو لم يسم . وهذا أيضا صحيح بالنظر لرواية الظهيرية وبقطع النظر عن ملاءمة العبارة لا شك في صحة التعميم بالوجوه الثلاثة أيضا . الاحتمال الثاني - إذا كان أخذه للمال الذي هلك قضاء في يده بإذن صاحبه فلكون ذلك المال أمانة في يده لا يضمنه في حالة هلاكه بلا تعد ولا تقصير . (راجع المادة ٧٨٦) . . ولا اشتباه في أن قيد (قضاء الوارد في صدر المادة معتبر في هذه الفقرة على ما أشير إليه) . كما يستفاد ذلك من المثالين الآتي ذكرهما أيضا . هذه الفقرة أي فقرة (المال المأخوذ بإذن صاحبه أمانة) قاعدة تتفرع عليها مسائل من أبواب علم الفقه المتفرقة . فلنذكر بعضها : ١ - الإقراض . إذا طلب شخص من آخر خمسين ذهبا قرضا فأعطاه سهوا ستين ذهبا وبينما كان ذلك الشخص آيبا في الطريق كي يرد العشر ذهبات له بعد أن أفرزها هلكت فحيث إن خمسة أسداس العشر ذهبات قرضا يضمن هذه الخمسة أسداس . يعني أن هذا المقدار دين عليه ويلزمه أداؤه وأما الباقي منه فحيث إنه وديعة وأخذت بإذن صاحبها فلا يلزم الضمان (الأنقروي) . والخمسون ذهبا الباقية في يد المستقرض تكون مشتركة بينه دين المقرض على هذه النسبة (الشارح) . ٢ - أداء الدين . إذا كان الشخص مدينا لآخر بعشر ذهبات وأعطاه سهوا اثني عشر ذهبا واطلع القابض على ذلك أخيرا فعند الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف تكون الاثنتان الباقيتان أمانة (الخانية في الغصب) . ٣ - البيوع : وإن كان أحد المالين أو الثلاثة أموال التي قبضت بخيار التعيين مبيعا تكون الباقية

" . (١)

" اسم ونسب وشهرة شخص آخر فيشهدون منتحلين أسماء وشهرة غيرهم وحيث إنهم قد انتحلوا أسماء أشخاص عادلين ومقبولي الشهادة فعند تزكيتهم السرية يظنهم المزكون أولئك الأشخاص الذين انتحلوا أسماءهم فدفعا للاشتباه وجب إجراء التزكية العلنية (الولوالجية في آداب القاضي) والتزكية العلنية لنفي تهمة شبهة تعديل غيره من القاضي لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافق في الاسم . وقد قال بعض الفقهاء : إن المفتى به الاكتفاء بالتزكية سرا فقط ؛ لأن التزكية العلنية هي بلاء وفتنة إلا أن المجلة قد بينت لزوم التزكية سرا وعلنا فإذا حكم القاضي بلا تزكية كان حكمه باطلا انظر المادة (١٣٠٣) (والدرر والنتيجة والشبلي) . إذا تحققت عدالة الشهود بعد التزكية سرا وعلنا ينذر القاضي المدعى عليه بأنه سيحكم عليه وإن كان له دفع أو شهود على الدفع فليحضرهم فإذا بين المدعى عليه بأنه ليس لديه دفع أو قال بأن له دفعا ولم يبينه فيحكم القاضي بالشهادة المعدلة . ويحقق عدالة الشهود وعدمها بالتزكية إلخ ؛ لأنه قد ورد في الآية الكريمة ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ فالشهادة تكون دليلا وحجة إذا كان الشهود ذوي عدل فلذلك يقتضي تحقيق العدالة (الدرر) . وبتعبير آخر إن الحجة والشهادة هي خبر واحتمال الصدق والكذب فيها متساو فإذا تحقق عدالة الشهود يقوي احتمال الصدق فيها فتكون مدارا للحكم . - * * * * * - المادة (١٧١٧) - (تزكي الشهود من الجانب الذي ينسبون إليه يعني إن كانوا من طلبة العلوم يزكون من مدرس المدرسة التي يسكنون فيها ومن معتمد أهاليها ، وإن كانوا جنودا فمن ضابط الأورطة وكتابها ، وإن كانوا من الكتبة فمن رئيس القلم ومما يليه من الكتاب وإن كانوا من التجار فمن معتبري التجار ، وإن كانوا من أصحاب الحرف فمن رؤسائهم ونقاباتهم وإن كانوا من الصنوف الأخرى فمن معتمدي ومؤتمني أهالي محلتهم أو قريتهم) . ولو كان هؤلاء نساء فتزكى الشاهدة منهن ؛ لأنه يجب أن يكون المزكون واقفين على أحوال الشهود ومهما كثر اختلاطهم بالشهود يكون وقفهم على أحوالهم أزيد فلذلك يجب على القاضي في خصوص تزكية الشهود أن يختار من كان خبيرا بأحوال الناس وكثير الاختلاط بهم . ويشترط في المزكي بضعة شروط : ١ - أن يكون المزكي عدلا وعارفا بالأحوال الموجبة للجرح وعدمها وغير طماع وغير فقير حتى لا ينخدع بالمال (الزيلعي) ويزكى الغير المسلم من المسلم المتوفر فيه هذا الشرط (هامش البهجة) . ٢ - ألا يكون عداوة بين الشاهد وبين الجهة المنسوب إليها الشاهد

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٢١٧

فعليه إذا وجدت عداوة ظاهرة بين الشاهد وبين المزكي فلا يجوز سؤال ذلك المزكي عن أحوال الشاهد (الهندية) . ٣ - يلزم عند بعض الفقهاء ألا يكون المزكي الشاهد الآخر فلذلك إذا شهد اثنان في دعوى

---

(١) ".

" كما مر نظيره أو كانت إحداهما غير مزوجة أو مستفرشة دون الأخرى أو هما غير مزوجتين ولا مستفرشتين له لزمه التعيين كما لو أقر بطلاق إحدى زوجتيه فإذا عين أحدهما رتب عليه حكمه من نسب وغيره ولو ادعت الأخرى أنها المستولدة وولدها المستلحق أو بلغ الولد وادعاه صدق السيد بيمينه فإن نكل حلف المدعي وقضي بمقتضى يمينه صرح بذلك الأصل

وإن قال هذا ولدي من أمتي وليست مزوجة ولا مستفرشة له ثم زاد من زنا لينفيه عنه لم يقبل قوله من زنا وإن اتصل بإقراره فيثبت النسب دون الاستيلاد وهذا في حالة الاتصال ما بحثه الأصل بعد نقله عن البغوي أنه لا يثبت النسب أيضا والبحث قوي وما أجاب به ابن الرفعة عنه فيه نظر وإن مات السيد ولم يعين عين الورثة لأنهم خليفته وتعيينهم كإقراره أي كتعيينه كما عبر به أصله في ثبوت الاستيلاد والنسب والإرث فإن قالوا لا نعلم كيف استولد أو لم يكن له وارث كما في الأصل فالقائف يعرض عليه الولدان ويستدل بالعصبة إن لم يكن رأى المستلحق فإن فقد القائف أو أشكل عليه الأمر أو ألحقهما به أو نفاهما عنه فالقرعة يرجع إليها ليعرف بها الحر منهما ولا ينتظر بلوغهما لينتسبا كما أفهمه كلامه

بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد ولا قائف لأن **الاشتباه** هنا في أن الولد أيهما فلو اعتبرنا الانتساب ربما انتسبا جميعا إليه فدام الإشكال صرح بذلك الأصل أما النسب والإرث فلا يثبت كل منهما بها لأنها على خلاف القياس وإنما ورد الخبر بها في العتق فاقتصر عليه ويثبت بها الولاء تبعا للحرية لأنه فرعها والتصريح بهذا من زيادته ومحله إذا لم يثبت الاستيلاد لأنه إذا ثبت لا ولاء على الولد لأنه حر الأصل كما سيأتي

ولا يوقف نصيب ابن بين من خرجت قرعته وبين الآخر لأنه إشكال وقع اليأس من زواله فأشبه غرق المتوارثين إذا لم تعلم معية ولا سبق والاستيلاد يثبت بالقرعة إن صدر من السيد ما يقتضيه بأن اعترف باستيلادها في ملكه لأن المقصود الحرية والقرعة عاملة فيها فكما تفيد حرية الولد تفيد حرية أمه وإن لم يصدر منه ما يقتضيه لم يثبت

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٩٤/٤

فرع حيث يثبت الاستيلاد فالولد حر الأصل لا ولاء عليه لأنه انعقد حرا وكذا إن كان قال من وطء شبهة تقتضي حريته فهو حر الأصل وبما تقرر علم أن ولد المستولدة ملحق بالمقر دون ولد الأخرى هذا إن لم تكن إحداهما فراشا له كما علم مما مر أيضا فإن كانت كذلك فعين ولد الأخرى لحقاه جميعا المعين بالإقرار والآخر بالفراش

فرع لأمته ثلاثة أولاد ولم تكن فراشا له ولا مزوجة قبل ولادتهم وقال أحدهم ولدي طولب بالتعيين فمن عينه منهم فهو نسيب حر وارث فإن عين الأوسط ولم يكن إقراره يقتضي الاستيلاد فالآخران رقيقان وإن اقتضاه بأن اعترف باستيلادها في ملكه لحقه الأصغر أيضا دون الأكبر للفراش إلا إن ادعى استبراءها بعد ولادة الأوسط وحلف عليه فإنه لا يلحقه حينئذ بناء على الأصح من أن نسب ملك اليمين ينتفي بالاستبراء

". (١)

" عليه نكاحها لكن يرجع بنصف مهر المثل لا بمهر المثل ولا بما غرم كما في الرضاع وإن وطئا معا فعلى كل منهما لزوجته نصف المسمى وهل يتراجعان أي يرجع كل منهما على الآخر بشيء أو لا وجهان أحدهما يرجع بنصف ما كان يرجع به لو انفرد ويهدر نصفه لأنها حرمت بفعلهما كنظيره في الاصطدام وثانيهما لا يرجع بشيء لأن النكاح ارتفع بفعلهما جميعا فينسب الفراق إلى الزوج كما لو اشترى امرأته أو خالعها ويفارق الاصطدام بأن فعل كل منهما هنا لو انفرد لحرمت به الزوجتان بخلافه ثم ولو أشكل الحال فلم يعلم سبق ولا معية قال ابن الصباغ يجب للموطوءة مهر المثل وينفسخ النكاحان ولا رجوع لأحدهما على الآخر ولزوجة كل منهما نصف المسمى ولا يسقط بالشك

فرع وإن نكح الشخص جاهلا امرأة وبنتها مرتبا فالثاني من النكاحين باطل لحصول الجمع المحرم به فإن وطئ الثانية فقط عالما بالتحريم فنكاح الأولى بحاله لأن وطء الثانية زنا فلا أثر له أو جاهلا به بطل نكاح الأولى لأنها أم الموطوءة بشبهة أو بنتها ولزم للأولى نصف المسمى لأن نكاحها ارتفع بصنع الزوج وحرمت عليه أبدا لما مر وللموطوءة مهر المثل وحرمت عليه أبدا إن كانت هي الأم لأنها أم زوجته لا إن كانت هي البنت فلا تحرم أبدا فله أن ينكحها لأنها ربيبة امرأة لم يدخل بها إلا إن كان قد وطئ الأم فتحرم عليه أبدا لأنها بنت موطوءته وإن وطئ إحداهما وأشكلت أي الموطوءة وعرفت السابقة فنكاح

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٢١/٢

السابقة على حاله نظرا إلى الأصل من استمرار صحته فإن طلقها أي السابقة حرم عليه نكاحها كالثانية نظرا إلى الحال وهو **الاشتباه** **كاشتباه** أخته بأجنبية

وإن عرفت الموطوءة وأشكلت السابقة فنكاح الموطوءة موقوف فتمنع من نكاح غيره ولها الفسخ لأنها لا تنكح **للاشتباه** كما في إنكاح الوليين والأخرى أي غير الموطوءة محرمة عليه أبدا لأنها أم موطوءته أو بنتها وإن أشكلا بأن اشتبهت الموطوءة والسابقة معا وقفا أي النكاحان لاحتمال سبق البنت والدخول بالأم فتحرمان عليه ولكل منهما الفسخ أخذا مما مر ولا تنكح واحدة منهما لأن إحداهما محرمة عليه أبدا وإن وطئهما جميعا مع الإشكال حرمتا أبدا فإن بان الأمر وجب للثانية مهر المثل لأنه لم ينعقد نكاحها سواء أتقدم وطؤها أم تأخر ويجب للأولى إن وطئها أولا المسمى وإلا بأن وطئها ثانيا فنصفه ومهر المثل يجبان لها أما النصف فلارتفاع نكاحها بصنع الزوج وأما مهر المثل فلأنه وطئها **بشبهة** بعد ارتفاع النكاح فصل لو اختلطت محرم بنسوة حرمن تغليبا للتحريم ولا دخل للاجتهاد فيه كما مر في بابه إلا إذا كن غير محصورات كنساء بلدة أو قرية كبيرة فلا يحرمن إعمالا لأصل الإباحة مع كون الحرام منغمرا كما في الاصطياد من صيود مباحة اشتبه بها صيد مملوك وإلا انحسم عليه باب النكاح فإنه وإن سافر إلى بلدة أخرى لم يأمن مسافرتها إليها أيضا وقوله ككثير محرم بفتح الميم مثال والأولى التعبير بمحرمة بضم الميم وتشديد الراء كما عبر به الجرجاني ليشمل المحرمة بنسب ورضاع ومصاهرة ولعان ونفي وتوثن وغيرها وغير المحصور ما تعسر عده على واحد كما ضبطه الإمام بذلك وقدمته مع ذكر ضابط للغزالي في باب الاجتهاد وقد

(١) ".

" فإن أخرج اليسار وقال ظننتها تجزئ عن اليمين فجعلتها بدلا عنها فلا قصاص في اليسار على القاطع لها مطلقا أي سواء قال ظننت أنه أباحها أو أنها اليمين أو علمت أنها اليسار وأنها لا تجزئ أم قطعتها عن اليمنى وظننت أنها تجزئ عنها **لشبهة** بذلها فإن قال قطعتها عوضا عن اليمين وعلمت أي أو علمت أنها لا تجزئ عنها أو ظننته أباحها وجبت الدية في اليسار لأن صاحبها لم يبذلها مجانا وهذا داخل في قوله بعد وحيث سقط في اليسار وجبت ديتها

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٥١/٣

فإن قال المخرج دهشت فظننتها اليمين أو ظننته قال أخرج يسارك فكذلك أي فتجب الدية في اليسار وهذا داخل فيما ذكر أيضا فكان الأولى أن يقول فلا قصاص إن قال القاطع ظننتها تجزئ عنها أو أنها اليمين وإنما لم يجب القصاص لأن هذا **الاشتباه** قريب فإن قال ظننته أباحها أو دهشت أيضا أو علمت أنها لا تجزئ عنها لزمه القصاص في اليسار أما في الأولى فكمن قتل رجلا وقال ظننت أنه أذن في قتله ويفارق عدم لزومه فيما لو ظن إباحتها مع قصد المخرج جعلها عن اليمين بأن جعلها عن اليمين تسليط بخلاف إخراجها دهشة أو ظنا منه أنه قال أخرج يسارك وأما في الثانية فلأن الدهشة لا تليق بحال القاطع وأما في الثالثة فلأنه لم يوجد من المخرج تسليط ثم في جميع هذه الصور لا يسقط قصاص اليمين إلا إن قال القاطع ظننتها تجزئ عن اليمين أو جعلتها عوضا عنها كما فهم بالأولى

وحيث سقط القصاص في اليسار بغير الإباحة وجبت ديتها وإن قال له الجاني خذ الدية عوضا عن اليمين فأخذها ولو ساكتا سقط القصاص وجعل الأخذ عفوا فإن كان المقتص منه مجنونا فكمن قال بعد إخراجه اليسار دهشت أو كان المستحق للقصاص مجنونا وقال للجاني أخرج يسارك أو يمينك فأخرجها له وقطعها أهدرت لأنه أتلفها بتسليطه ولأنه لا يصح استيفاؤه كما صرح به في قوله وإن لم يخرجها له وقطع يمينه لم يصح استيفاؤه لعدم أهليته له

ووجب لكل منهما على الآخر دية وتقاصا وفيه ما قدمته أول الفصل وحيث أوجبنا قصاص اليمين فوقته بعد اندمال اليسار لما في توالي القطعين من خطر الهلاك ويؤخذ من التعليل أن له التوالي فيما إذا كان الجاني مستحق القتل كالقتل في الحرابة وحيث أوجبنا دية اليسار في الصور المتقدمة فهي في ماله لا على عاقلته لأنه قطع متعمدا وكذا من قطع أنملتين بأنملة وادعى الخطأ كأن قال أخطأت وتوهمت أني أقطع أنملة واحدة تجب دية لأنملة الزائدة في ماله لا على عاقلته لأن إقراره لا يسري عليها وإن اعترف بتعمده قطعت منه الأنملة الزائدة ويصدق بيمينه في أنه أخطأ لأنه أعرف بفعله والقول قول المخرج يده فيما نوى فلو قال قصدت بالإخراج إيقاعها عن اليمين وقال القاطع بل قصدت الإباحة صدق المخرج بيمينه لأنه أعرف بقصده

باب العفو عن القصاص وهو مستحب لقوله تعالى فمن عفا وأصلح فأجره على الله ولما روى البيهقي وغيره عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ما رفع إليه قصاص قط إلا أمر فيه بالعفو ويسري العفو إن تبعض

". (١)

" الوارث قتلا عمدا أقسم ورتب حكم القسامة وإلا بأن ادعى خطأ أو شبه عمد فيحلف مع أحدهما أي أحد الشاهدين فإن حلف مع شاهد الإقرار فالدية على الجاني أو مع الآخر أي شاهد القتل فعلى العاقلة وإن ادعى عليه عمدا فشهد أحدهما بإقراره بقتل عمد والآخر بإقراره بمطلق أي بقتل مطلق عن التقييد بعمد أو غيره أو شهد أحدهما بقتل عمد والآخر بقتل مطلق ثبت أصل القتل لاتفاقهما عليه حتى لا يقبل من المدعى عليه إنكاره وطولب بالبيان لصفة القتل فإن امتنع منه وأصر على إنكار أصل القتل جعل ناكلا وحلف المدعي يمين الرد أنه قتل عمدا واقتص منه فإن بين فقال قتلته عمدا اقتص منه أو عفى على مال أو قتله خطأ وللمدعي تحليفه على نفي العمدية إن كذبه فإذا حلف لزمه دية خطأ بإقراره فإن نكل عن اليمين حلف المدعي واقتص منه

ولو شهد أحدهما بقتل عمد ادعى به والآخر بخطأ أو شبه عمد ثبت القتل لاتفاقهما على أصله والاختلاف في العمدية وضدها ليس كالاختلاف فيما مر أول الفصل لأن التكاذب ثم في أمر محسوس والعمدية وضدها في محل الاشتباه فالفعل الواحد قد يعتقده أحدهما عمدا والآخر غيره على أنه صحح في الشرح الصغير عدم ثبوت القتل هنا أيضا وعلى الأول يطالب المدعى عليه بالبيان فإن بين أنه عمد ثبت أو أنه خطأ أو شبه عمد فكذبه الولي أقسم لأن معه شاهدا وذلك لوث هنا ويخالف ما لو شهد أحدهما بإقرار العمد والآخر بإقرار القتل المطلق لأن اللوث إنما يتحقق في الفعل لا في الإقرار فإن امتنع من الإقسام حلف الجاني والدية في ماله مخففة فإن نكل ردت اليمين على المدعي فإن حلف ثبت موجب العمد أو نكل فدية الخطأ في ماله

فإن شهدا أنه قد ملفوفا في ثوب ولم يتعرضا لحياته حين القد لم يثبت القتل بشهادتهما والقول في حياته حينئذ قول الولي بيمينه لأن الأصل بقاء الحياة كما مر في باب اختلاف الجاني ومستحق الدم وإذا حلف اقتص من القاد عملا بمقتضى تصديقه كالدية وهذا ما نقله الأصل هنا عن جماعة ونقل مقابله عن الشيخ أبي حامد ولم يرجح شيئا لكنه رجح الثاني في الروضة في الباب المذكور آنفا كما قدمته ثم ونقله فيه عن المحاملي والبغوي أيضا قال الأذرعي وهو الصحيح المختار لأن القصاص يدرأ بالشبهة كالحدود

فرع لو شهد رجل على آخر أنه قتل زيدا وآخر أنه قتل عمرا أقسم ولياهما لحصول اللوث في حقهما جميعا

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٤٢

باب الإمامة العظمى وهي فرض كفاية كالقضاء إذ لا بد للأمة من إمام يقيم الدين وينصر السنة وينصف المظلومين ويستوفي الحقوق ويضعها مواضعها فإن لم يصلح لها إلا واحد ولم يطلبوه لزمه طلبها لتعينها عليه وأجبر عليها إن امتنع من قبولها فإن صلح لها جماعة فحكمه حكم ما لو صلح جماعة للقضاء وسيأتي حكمه في بابه مع أنه تعرض لبعض ذلك في الفصل الآتي

ويشترط كونه حال العقد لها أو العهد بها أهلا للقضاء فيشترط كونه مسلما مكلفا عدلا حرا ذكرا مجتهدا ذا كفاية سميعا بصيرا ناطقا لنقص غيره شجاعا ليغزو بنفسه ويدير الجيوش ويقوى على فتح البلاد قرشيا

". (١)

"البجيرمي: وقد يجتمع التعبد مع التفجع في فرقة الموت عمن لا يولد له أو كانت قبل الدخول وقد تجتمع براءة الرحم مع التفجع فيمن يولد له في فرقة الموت وقد تجتمع الثلاثة كما في هذا المثال لان العدة فيها نوع من التعبد دائما واجتماع الاقسام بعضها مع بعض مأخوذ من ذكر أو لانها مانعة خلو فتجوز الجمع اه.وقوله: على زوج مات: متعلق بتفجع.أي لتفجعها على فراق زوج بالموت (قوله: وشرعت) أي العدة وقوله صونا الخ فيه أنه لا يشمل نحو الصغيرة وغير المدخول بها في عدة الوفاة.وأجيب بأنه حكمة وهي لا يلزم اطرادها.وقوله: عن الاختلاط فيه أن الرحم إذا دخله مني الرجل انسد فمه فلا يقبل منيا آخر فلا يتصور اختلاط.وأجيب بأن المراد به **الاشتباه** (قوله: تجب عدة لفرقة زوج حي) سيأتي مقابله في قوله وتجب لوفاة زوج.وفي البجيرمي: ومثل فرقة الحياة مسخه حيوانا، ومثل فرقة الموت مسخه جمادا.اه.(قوله: بطلاق الخ) الباء سببية متعلق بفرقة أي فرقة حاصلة بسبب طلاق (قوله: أو فسخ نكاح) أي بعيبه أو عيبها، ومثل الفسخ الانفساخ بلعان أو رضاع أو غيره كردة (قوله: حاضر الخ) يحتمل جعله بدلا من زوج فيكون تعميما فيه.ويحتمل أن يكون مضافا إليه لفظ نكاح.وقوله مدة طويلة: متعلق بغائب: أي غائب مدة طويلة.وفي التقييد به نظر لانه على الاحتمال الاول يكون قوله حاضر أو غائب مرتبطا بكل من الطلاق أو من الفسخ فبالنسبة للطلاق لا فرق بين أن يكون المطلق غائبا مدة طويلة أو قصيرة، ومثله بالنسبة للفسخ ولا يرد عليه ما سيأتي في باب النفقات من أن كثيرين اختاروا في غائب تعذر تحصيل النفقة منه الفسخ لانه يلزم من التعذر المذكور أن تكون المدة طويلة، وعلى الاحتمال الثاني يكونقوله: حاضر، أو غائب

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/١٠٨

مرتبطا بالفسخ فقط.ولا فرق فيه أيضا بين أن يكون الذي يفسخ غائبا مدة طويلة أو قصيرة ولا يرد عليه ما سيأتي أيضا لما تقدم آنفا فتنبه (قوله: وطئ) الجملة صفة ثانية لزوج من الوصف بالجملة بعد الوصف بالمفرد: أي ويشترط في ثبوت العدة وطئ الزوج لها، ولا بد أن يكون الواطئ ممن يمكن وطؤه كصبي تهيأ له وأن تكون ممن يمكن وطؤها ومثل الوطئ إدخال منيه المحترم حال خروجه وحال دخوله على ما اعتمده ابن حجر وحال خروجه فقط وإن لم يكن محترما حال دخوله على ما اعتمده م ر، وذلك كما إذا احتلم الزوج وأخذت الزوجة منيه وأدخلته فرجها ظانة أنها مني أجنبي فإن هذا محترم حال الخروج وغير محترم حال الدخول وتجب به العدة إذا طلقت الزوجة بعده وقبل الوطئ على معتمد الثاني دن الاول لانه اعتبر أن يكون محترما في الحالين.وفي سم: ولو وطئ زوجته ظانا أنها أجنبية وجبت العدة بلا إشكال بل لو استدخلت هذا الماء زوجة أخرى وجبت العدة فيما يظهر.اه.وقوله في قبل أو دبر: تعميم في الوطئ (قوله: بخلاف ما إذا لم يكن وطئ) أي ولم تدخل منيه المحترم: أي فلا عدة عليها وإن وجدت خلوة، وذلك لقول الله تعالى: * (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) * (١) (قوله: وإن تيقن براءة رحم) غاية في وجوب العدة على الموطوءة: أي تجب العدة عليها وإن تيقن ذلك، وذلك لان العدة إنما وجبت لعموم الادلة، ولان المغلب فيها جهة التعبد كما تقدم (قوله: كما في صغيرة وصغير) تمثيل للمتيقن براءة رحمها وكون الزوج صغيرا ليس بقيد في تيقن براءة رحمها، بل متى كانت صغيرة تيقن ذلك ولو كان كبيرا (قوله: ولوطئ الخ) معطوف على لفرقة: أي وتجب عدة لوطئ حصل مع شبهة كائنة في حلة (قوله: كما في نكاح فاسد) أي كما في وطئه بنكاح فاسد، فإن الوطئ بالنكاح المذكور شبهة (قوله: وهو) أي وطئ الشبهة.وقوله: كل ما لم يوجب حدا على الواطئ.أي وإن أوجبه على الموطوءة كما لو زنى المراهق ببالغة أو المجنون بعاقلة فتلزمها العدة لاحترام______________(١) سورة الاحزاب، الاية: ٤٩.." (١)

"مستولدة) مفعول استبرأ.وقوله ممن زال عنها الفراش: بيان للمضاف الذي هو لفظ غير والمراد زال عنها الفراش بالاعتاق الذي استبرأها قبله.وحاصل هذه المسألة: أنه لو استبرأ السيد أمته غير المستولدة بأن مضت مدة الاستبراء وهو لم يطأها فيها ثم زال فراشه عنها بالاعتاق فلا استبراء عليها فلها أن تتزوج حالا (قوله: فلا يجب) أي الاستبراء عليها، وهو مفرع على مفهوم قوله لا إن استبرأها أو جواب شرط محذوف: أي فإن استبرأها كما ذكر فلا يجب إستبراء، ولو حذفه لكان أخصر وأولى، لانه يعلم من استثنائه مما

---

(١) إعانة الطالبين، ٤/٤٦

يجب الاستبراء فيه (قوله: بل الخ) اضراب انتقالي (قوله: إذ لا الخ) علة لعدم وجوب الاستبراء.وقوله هذه: أي غير المستولدة التي استبرأها سيدها قبل زوال الفراش (قوله: بخلاف المستولدة) أي فإنها تشبه المنكوحة.قال في التحفة: والفرق بين غير المستولدة وبين المستولدة ظاهر: إذ الاولى لا تشبه المنكوحة، بخلاف الثانية لثبوت حق الحرية لها فكان فراشها أشبه بفراش الحرة المنكوحة اه.بالمعنى وقوله: أشبه بفراش الحرة: أي وهي تجب عليها العدة.اه (قوله: ويحرم بل لا يصح الخ) هذا يفيد أن السبب في الاستبراء روم التزويج، وهو يؤيد ما تقدم عن بعضهم أن السبب الحقيقي، إما حل التمتع أو روم التزويج.وقوله تزويج موطوءته.أي أو موطوءة غيره إن كان الماء محترما وأراد تزويجها لغير صاحبه ولم يكن البائع استبرأها قبل البيع ما يعلم من التفصيل الذي ذكره الشارح (قوله: قبل مضي استبراء) في التحفة، وإنما حل بيعها قبله مطلقا لان القصد من الشراء ملك العين والوطئ قد يقع وقد لا، بخلاف النكاح لا يقصد به إلا الوطئ (قوله: حذرا من اختلاط الماءين) أي اشتباه أحدهما بالآخر فليس المراد حقيقة الاختلاط لانه تقدم أن الرحم لا يحتوي على ماءين (قوله: أما غير موطوءته) صادق بصورتين بما إذا لم توطأ أصلا وبما إذا وطئها غيره، وقد أفادهما بقوله فإن كانت الخ (قوله: فله) أي المالك، والمناسب للتقابل أن يقول فلا يحرم تزويجها.وقوله تزويجها: أي قبل مضي مدة الاستبراء، وكذا يقال فيما بعده.وقوله مطلقا: أي من كل أحد (قوله: أو موطوءة غيره) أي أو كانت موطوءة غير المالك المريد لتزويجها بأن كانت موطوءة البائع لها قبل استبرائها أو موطوءة بشبهة أو بزنا (قوله: فله) أي للمالك الذي هو المشتري.وقوله تزويجها ممن الماء منه: أي على من الماء منه، ولا فرق فيه بين أن يكون الماء محترما أم لا، مضت مدة الاستبراء عنده أم لا، ويدل على ذلك ما بعده (قوله: وكذا من غيره) أي وكذا له أن يزوجها على غير من الماء منه لكن بشرط أن يكون الماء غير محترم بأن كان وطؤه لها بزنا، أو محترما لكن مضت مدة الاستبراء منه: أي عند صاحب الماء قبل انتقالها للمشتري (قوله: ولو أعتق موطوءته فله نكاحها بلا استبراء) أي كما يجوز أن ينكح المعتدة منه.إذ لا إختلاط هنا، ومن ثم لو اشترى أمة فزوجها لبائعها الذي لم توطأ غيره لم يلزمه استبراء كما لو أعتقها فأراد بائعها أن يتزوجها.وخرج بموطوءته ومثلها من لم يطأها أو وطئت زنا أو استبرأها من انتقلت منه إليه من وطئها غيره وطئا غير محرم فلا يحل له تزوجها قبل استبرائها وإن أعتقها.اه.تحفة.وقوله من وطئها: فاعل خرج (قوله: وهو) مبتدأ خبره حيضة.وقوله أي الاستبراء: أي قدره.وقوله لذات أقراء حال من المبتدأ على رأى أو من الخبر مقدم عليه وهو المسوغ لمجئ الحال من النكرة (قوله: حيضة كاملة) إنما كان العبرة هنا بالحيض وفي العدة بالطهر لان الاقراء فيها متكررة فتعرف

البراءة بتكرر الحيض ولا تكرر هنا فيعتمد الحيض الدال على البراءة فمن انقطع حيضها صبرت إلى أن تحيض فتستبرأ بحيض، فإن لم تحض صبرت إلى سن اليأس ثم استبرئت بشهر على نحو ما تقدم في العدة وأقل مدة إمكان الاستبراء إذا جرى سببه في الطهر يوم وليلة ولحظتان وفي الحيض ستة عشر يوما ولحظتان (قوله: فلا تكفي بقيتها) أي الحيضة: أي لا يحصل بهذه البقية من الحيض الاستبراء بخلاف بقية الطهر في العدة فإنها تحسب." (١)

"فلا يجب إستبراء ولو حذفه لكان أخصر وأولى لأنه يعلم من استثنائه مما يجب الإستبراء فيه (قوله بل الخ) اضراب انتقالي (قوله إذ لا الخ) علة لعدم وجوب الإستبراء

وقوله هذه أي غير المستولدة التي استبرأها سيدها قبل زوال الفراش (قوله بخلاف المستولدة) أي فإنها تشبه المنكوحة

قال في التحفة والفرق بين غير المستولدة وبين المستولدة ظاهر إذ الأولى لا تشبه المنكوحة بخلاف الثانية لثبوت حق الحرية لها فكان فراشها أشبه بفراش الحرة المنكوحة اه

بالمعنى وقوله أشبه بفراش الحرة أي وهي تجب عليها العدة

اه (قوله ويحرم بل لا يصح الخ) هذا يفيد أن السبب في الإستبراء روم التزويج وهو يؤيد ما تقدم عن بعضهم أن السبب الحقيقي إما حل التمتع أو روم التزويج

وقوله تزويج موطوءته

أي أو موطوءة غيره إن كان الماء محترما وأراد تزويجها لغير صاحبه ولم يكن البائع استبرأها قبل البيع ما يعلم من التفصيل الذي ذكره الشارح (قوله قبل مضي استبراء) في التحفة وإنما حل بيعها قبله مطلقا لأن القصد من الشراء ملك العين والوطء قد يقع وقد لا بخلاف النكاح لا يقصد به إلا الوطء (قوله حذرا من اختلاط الماءين) أي اشتباه أحدهما بالآخر فليس المراد حقيقة الإختلاط لأنه تقدم أن الرحم لا يحتوي على ماءين (قوله أما غير موطوءته) صادق بصورتين بما إذا لم توطأ أصلا وبما إذا وطئها غيره وقد أفادهما بقوله فإن كانت الخ (قوله فله) أي المالك والمناسب للتقابل أن يقول فلا يحرم تزويجها

وقوله تزويجها أي قبل مضي مدة الإستبراء وكذا يقال فيما بعده

(١) إعانة الطالبين، ٤/٦٥

وقوله مطلقا أي من كل أحد (قوله أو موطوءة غيره) أي أو كانت موطوءة غير المالك المريد لتزويجها بأن كانت موطوءة البائع لها قبل استبرائها أو موطوءة بشبهة أو بزنا (قوله فله) أي للمالك الذي هو المشتري

وقوله تزويجها ممن الماء منه أي على من الماء منه ولا فرق فيه بين أن يكون الماء محترما أم لا مضت مدة الإستبراء عنده أم لا ويدل على ذلك ما بعده (قوله وكذا من غيره) أي وكذا له أن يزوجها على غير من الماء منه لكن بشرط أن يكون الماء غير محترم بأن كان وطؤه لها بزنا أو محترما لكن مضت مدة الإستبراء منه أي عند صاحب الماء قبل انتقالها للمشتري (قوله ولو أعتق موطوءته فله نكاحها بلا استبراء) أي كما يجوز أن ينكح المعتدة منه

إذ لا إختلاط هنا ومن ثم لو اشترى أمة فزوجها لبائعها الذي لم توطأ غيره لم يلزمه استبراء كما لو أعتقها فأراد بائعها أن يتزوجها

وخرج بموطوءته ومثلها من لم يطأها أو وطئت زنا أو استبرأها من انتقلت منه إليه من وطئها غيره وطئا غير محرم فلا يحل له تزوجها قبل استبرائها وإن أعتقها

اه

تحفة

وقوله من وطئها فاعل خرج (قوله وهو) مبتدأ خبره حيضة

وقوله أي الإستبراء أي قدره

وقوله لذات أقراء حال من المبتدأ على رأى أو من الخبر مقدم عليه وهو المسوغ لمجيء الحال من النكرة (قوله حيضة كاملة) إنما كان العبرة هنا بالحيض وفي العدة بالطهر لأن الأقراء فيها متكررة فتعرف البراءة بتكرر الحيض ولا تكرر هنا فيعتمد الحيض الدال على البراءة فمن انقطع حيضها صبرت إلى أن تحيض فتستبرأ بحيض فإن لم تحض صبرت إلى سن اليأس ثم استبرئت بشهر على نحو ما تقدم في العدة وأقل مدة إمكان الإستبراء إذا جرى سببه في الطهر يوم وليلة ولحظتان وفي الحيض ستة عشر يوما ولحظتان (قوله فلا تكفي بقيتها) أي الحيضة أي لا يحصل بهذه البقية من الحيض الإستبراء بخلاف بقية الطهر في العدة فإنها تحسب قرءا والفرق أن بقية الطهر تستعقب الحيضة الدالة على البراءة وهذه تستعقب الطهر ولا دلالة له على البراءة (قوله ولو وطئها الخ) أي لو وطيء السيد أمته في الحيض أي وقبل مضي مدة الإستبراء كما يدل عليه آخر العبارة ولو صرح به كالروض وشرحه لكان أولى

وعبارضة الروض وشرحه

فرع وطء السيد أمته قبل الإستبراء أو في أثنائه لا يقطع الإستبراء وإن أثم به لقيام الملك بخلاف العدة فإن حبلت منه قبل الحيض بقي التحريم حتى تضع كما لو وطئها ولم تحبل أو حبلت منه في أثنائه حلت له بانقطاعه لتمامه

قال الإمام هذا إن مضى قبل وطئه أقل الحيض وإلا فلا تحل له حتى تضع كما لو أحبلها قبل الحيض

اه

". (١)

"تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو أكل فصومه تام لأن الأصل هو الليل وعن أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في موضع لا يستبين الفجر أو كانت الليلة مقمرة أو متغيمة أو كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو أكل فقد أساء لقوله عليه الصلاة والسلام دع ما يريبك إلى ما لا يريبك وإن كان أكبر رأيه أنه أكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لاقضاء عليه لأن اليقين لا يزال إلا بمثله ولو ظهر أن الفجر طالع لا كفارة عليه لأنه بنى الأمر على الأصل فلا تتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لأن الأصل هو النهار ولو أكل فعليه القضاء عملا بالأصل وإن كان أكبر رأيه أنه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لأن النهار هو الأصل ولو كان شاكا فيه وتبين أنها لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة نظرا إلى ما هو الأصل وهو النهار ومن أكل في رمضان ناسيا وظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة لأن الاشتباه استند إلى القياس فتحقق الشبهة وإن بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب وكذا عنهما لأنه لا اشتباه فلا شبهة وجه الأول قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس فلا ينتفي بالعلم كوطء الأب جارية ابنه ولو احتجم وظن أن ذلك يفطره ثم أكل متعمدا عليه القضاء والكفارة لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي إلا إذا أفتاه فقيه بالفساد لأن الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث فاعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله لأن قول الرسول عليه الصلاة والسلام لا ينزل عن قول المفتي وعن أبي يوسف رحمه الله خلاف ذلك لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث وإن عرف

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٥٦/٤

تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الأوزاعي رحمه الله لا يورث الشبهة لمخالفتة القياس ولو أكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان لأن الفطر يخالف القياس والحديث مؤول بالإجماع وإذا جومعت النائمة أو المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر هنا أبلغ لعدم القصد ولنا أن النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

---

(١) ".

"الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره

قال ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها لقول ابن مسعود رحمه الله لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن أقارب الأب ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي أيضا في البكارة لأنه يختلف بالبكارة والثيوبة

وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغير وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان

---

(١) الهداية شرح البداية، ١/١٣٠

يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة باعتبار أنه عاقد ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه

قال وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل منه لأن حق

---

(١) ".

"الضياع وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله أعلم & باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا وأنه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لأنه فعل محظور والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات

ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه

والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى وإنما يسقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد عليه إذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه

---

(١) الهداية شرح البداية، ١/٢١١

وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا

". (١)

"

ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة

ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك

ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك والأبوة قائمة في حق الجد

قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وإن قال علمت أنها علي حرام حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢/١٠٠

ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة لأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع **الاشتباه** إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الملك منعدم حقيقة

ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لأنه لا **اشتباه** بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي

---

(١) ".

"في بيتها وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره إلا إن كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولأبي حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث **الشبهة** لأن **الشبهة** ما يشبه الثابت لا نفس الثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد **واشتباه** الأنساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢/١٠١

الداعي من أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة أو على المستجل إلا أنه يعزر عنده لما بيناه

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود ا لداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بينا والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب

ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد وعند

." (١)

"لحما قديدا فعليه القضاء والكفارة لأنه يؤكل في الجملة ولو أكل شحما قديدا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا كفارة عليه لأنه لا يؤكل

وقال الفقيه أبو الليث إن عليه القضاء والكفارة كما في اللحم لأنه يؤكل في الجملة كاللحم القديد

ولو أكل ميتة فإن كانت قد أنتنت ودودت فعليه القضاء ولا كفارة عليه وإن كانت غير ذلك فعليه القضاء والكفارة ولو أولج ولم ينزل فعليه القضاء والكفارة لوجود الجماع صورة ومعنى إذ الجماع هو الإيلاج فأما الإنزال ففراغ من الجماع فلا يعتبر ولو أنزل فيما دون الفرج فعليه القضاء ولا كفارة عليه لقصور في الجماع لوجوده معنى لا صورة وكذلك إذا وطيء بهيمة فأنزل لقصور في قضاء الشهوة لسعة المحل ونبوة الطبع (((الطمع)))

ولو أخذ لقمة من الخبز ليأكلها وهو ناس فلما مضغها تذكر أنه صائم فابتلعها وهو ذاكر ذكر في عيون المسائل إن في هذه المسألة أربعة أقوال للمتأخرين قال بعضهم لا كفارة عليه

وقال بعضهم عليه الكفارة وقال بعضهم إن ابتلعها قبل أن يخرجها فلا كفارة عليه فإن أخرجها من فيه ثم أعادها فابتلعها فعليه الكفارة وقال بعضهم إن ابتلعها قبل أن يخرجها فعليه الكفارة وإن أخرجها من فيه ثم أعادها فلا كفارة عليه

قال الفقيه أبو الليث هذا القول أصح لأنه لما أخرجها صار بحال يعاف منها وما دامت في فيه فإنه يتلذذ بها

---

(١) الهداية شرح البداية، ١٠٢/٢

ولو تسحر على ظن أن الفجر لم يطلع فإذا هو طالع أو أفطر على ظن أن الشمس قد غربت فإذا هي لم تغرب فعليه القضاء ولا كفارة عليه لأنه لم يفطر متعمدا بل خاطئا

ألا ترى أنه لا إثم عليه ولو أصبح صائما في سفره ثم أفطر متعمدا فلا كفارة عليه لأن السبب المبيح من حيث الصورة قائم وهو السفر فأورث شبهة وهذه الكفارة لا تجب مع الشبهة

والأصل فيه أن الشبهة إذا استندت إلى صورة دليل فإن لم يكن دليلا في الحقيقة بل من حيث الظاهر اعتبرت في منع وجوب الكفارة وإلا فلا وقد وجدت ههنا وهي صورة السفر لأنه مرخص أو مبيح في الجملة

ولو أكل أو شرب أو جامع ناسيا أو ذرعه القيء فظن أن ذلك يفطره (((يفطر))) فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء ولا كفارة عليه لأن الشبهة ههنا استندت إلى ما هو دليل في الظاهر لوجود المضاد للصوم في الظاهر وهو الأكل والشرب والجماع حتى قال مالك بفساد الصوم بالأكل ناسيا

وقال أبو حنيفة لولا قول الناس لقلت له يقضي وكذا القيء لأنه لا يخلو عن عود بعضه من الفم إلى الجوف فكانت الشبهة في موضع الاشتباه فاعتبرت

قال محمد إلا أن يكون بلغه أي بلغه الخبر أن أكل الناسي والقيء لا يفطران فتجب الكفارة لأنه ظن في غير موضع الاشتباه فلا يعتبر

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا كفارة عليه سواء بلغه الخبر وعلم أن صومه لم يفسد أو لم يبلغه ولم يعلم فإن احتجم فظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا إن استفتى فقيها فأفتاه بأنه قد أفطر فلا كفارة عليه لأن العامي يلزمه تقليد العالم فكانت الشبهة مستندة إلى صورة دليل

وإن بلغه خبر الحجامة وهو المروي عن رسول الله أفطر الحاجم والمحجوم

روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا كفارة عليه لأن ظاهر الحديث واجب العمل به في الأصل فأورث شبهة

وروي عن أبي يوسف أنه تجب عليه الكفارة لأن الواجب على العامي الاستفتاء من المفتي لا العمل بظواهر الأحاديث لأن الحديث قد يكون منسوخا وقد يكون ظاهره متروكا فلا يصير ذلك شبهة وإن لم يستفت فقيها ولا بلغه الخبر فعليه القضاء والكفارة لأن الحجامة لا تنافي ركن الصوم في الظاهر وهو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع فلم تكن هذه الشبهة مستندة إلى دليل أصلا

ولو لمس امرأة بشهوة أو قبلها أو ضاجعها ولم ينزل فظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة لأن ذلك لا ينافي ركن الصوم في الظاهر فكان ظنه في غير موضعه فكان ملحقا بالعدم إلا إذا تأول حديثا أو استفتى فقيها فأفطر على ذلك فلا كفارة عليه وإن أخطأ الفقيه ولم يثبت الحديث لأن ظاهر الحديث والفتوى يصير شبهة

ولو اغتاب إنسانا فظن أن ذلك يفطره ثم أكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة وإن استفتى فقيها أو تأول حديثا لأنه لا يعتد بفتوى الفقيه ولا بتأويله الحديث ههنا لأن ذلك مما لا يشتبه على من له سمة من الفقه وهو لا يخفى على أحد أن ليس المراد من المروي الغيبة تفطر الصائم حقيقة الإفطار فلم يصر ذلك شبهة وكذا لو دهن شاربه فظن أن ذلك يفطره (((يفطر))) فأكل بعد ذلك متعمدا فعليه الكفارة وإن استفتى فقيها أو تأول حديثا لما قلنا والله أعلم

ولو أفطر وهو مقيم فوجبت عليه الكفارة ثم سافر في يومه ذلك

". (١)

"الشبهة بخلاف سائر الكفارات والزجر يحصل بكفارة واحدة بخلاف ما إذا جامع فكفر ثم جامع لأنه لما جامع بعدما كفر علم أن الزجر لم يحصل بالأول

ولو أفطر في يوم فأعتق ثم أفطر في اليوم الثاني فأعتق ثم أفطر في اليوم الثالث فأعتق ثم استحقت الرقبة الأولى فلا شيء عليه لأن الثانية تجزىء عن الأولى وكذا لو استحقت الثانية لأن الثالثة تجزىء عن الثانية ولو استحقت الثالثة فعليه إعتاق رقبة واحدة لأن ما تقدم لا يجزىء عما تأخر ولو استحقت الثانية أيضا فعليه إعتاق رقبة واحدة لليوم الثاني والثالث ولو استحقت الأولى أيضا فعليه كفارة واحدة لأن الإعتقاق (((الإعتاق))) بالاستحقاق يلتحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وقد أفطر في ثلاثة أيام ولم يكفر لشيء منها فتكفيه كفارة واحدة ولو استحقت الأولى والثالثة دون الثانية أعتق رقبة واحدة لليوم الثالث لأن الثانية أجزأت عن الأولى والأصل في هذا الجنس أن الإعتاق الثاني يجزىء عما قبله ولا يجزىء عما بعده

وأما صيام غير رمضان فلا يتعلق بإفساد شيء منه وجوب الكفارة لأن وجوب الكفارة بإفساد صوم رمضان عرف بالتوقيف وأنه صوم شريف في وقت شريف لا يوازيهما غيرهما من الصيام والأوقات في الشرف والحرمة فلا يلحق به في وجوب الكفارة وأما وجوب القضاء فأما الصيام المفروض فإن كان الصوم متتابعا

---

(١) بدائع الصنائع، ٢/١٠٠

كصوم الكفارة والمنذور متتابعا فعليه الاستقبال لفوات الشرائط وهو التتابع ولو لم يكن متتابعا كصوم قضاء رمضان والنذر المطلق عن الوقت والنذر في وقت بعينه فحكمه أن لا يعتد به عما عليه ويلحق بالعدم وعليه ما كان قبل لك (((ذلك))) في قضاء رمضان والنذر المطلق وفي المنذور في وقت بعينه عليه قضاء ما فسد

وأما صوم التطوع فعليه قضاؤه عندنا خلافا للشافعي

وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين فأهدي إلينا حيس فأكلنا منه فسألت حفصة رسول الله فقال اقضيا يوما مكانه

والكلام في وجوب القضاء مبني على الكلام في وجوب المضي وقد ذكرناه في كتاب الصلاة

واختلف أصحابنا في الصوم المظنون إذا أفسده بأن شرع في صوم أو صلاة على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فأفطر متعمدا

قال أصحابنا الثلاثة لا قضاء عليه لكن الأفضل أن يمضي فيه

وقال زفر عليه القضاء

وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة فيمن شرع في صلاة يظن أنها عليه مثل قول زفر وعلى هذا الخلاف إذا شرع في صوم الكفارة ثم أيسر في خلاله فأفطر متعمدا

وجه قول زفر أنه لما تبين أنه ليس عليه تبين أنه شرع في النفل ولهذا ندب إلى المضي فيه والشروع في النفل ملزم على أصل أصحابنا فيلزمه المضي فيه ويلزمه القضاء إذا أفسد كما لو شرع في النفل ابتداء ولهذا كان الشروع في الحج المظنون ملزما

كذا الصوم

ولنا أنه شرع مسقطا لا موجبا فلا يجب عليه المضي ودليل ذلك أنه قصد بالشروع إسقاط ما في ذمته فإذا تبين أنه ليس في ذمته شيء من ذلك لم يصح قصدا والشروع في العبادة لا يصح من غير قصد إلا أنه استحب له أن يمضي فيه لشروعه في العبادة في زعمه وتشبهه بالشارع في العبادة فيثاب عليه كما يثاب المتشبه بالصائمين بإمساك بقية يومه إذا أفطر بعذر **والاشتباه** مما يكثر وجوده في باب الصوم فلو أوجبنا عليه القضاء لوقع في الحرج بخلاف الحج فإن وقوع الشك **والاشتباه** في باب الحج نادر غاية (((غاية))) الندرة فكان ملحقا بالعدم فلا يكون في إيجاب القضاء عليه حرج والله أعلم

فصل وأما حكم الصوم المؤقت إذا فات عن وقته فالصوم المؤقت نوعان صوم رمضان والمنذور في وقت بعينه

أما صوم رمضان فيتعلق بفواته أحكام ثلاثة وجوب إمساك بقية اليوم تشبها بالصائمين في حال ووجوب القضاء في حال ووجوب الفداء في حال

أما وجوب الإمساك تشبها بالصائمين فكل من كان له عذر في صوم رمضان في أول النهار مانع من الوجوب أو مبيح للفطر ثم زال عذره وصار بحال لو كان عليه في أول النهار لوجب عليه الصوم ولا يباح له الفطر كالصبي إذا بلغ في بعض النهار وأسلم الكافر وأفاق المجنون وطهرت الحائض وقدم المسافر مع قيام الأهلية يجب عليه إمساك بقية اليوم وكذا من وجب عليه الصوم في أول النهار لوجود سبب الوجوب والأهلية ثم تعذر عليه المضي فيه بأن أفطر متعمدا أو أصبح يوم الشك مفطرا ثم تبين أنه من رمضان أو تسحر على

---

(١) ".

"لا علة بالسماء فوقف بشهادتهما قوم قبل الإمام لم يجز وقوفهم لأن الإمام أخر الوقوف بسبب يجوز العمل عليه في الشرع فصار كما لو أخر بالاشتباه

والله تعالى أعلم

وأما قدره فنبين القدر المفروض والواجب أما القدر المفروض من الوقوف فهو كينونته بعرفة في ساعة من هذا الوقت فمتى حصل إتيانها في ساعة من هذا الوقت تأدى فرض الوقوف سواء كان عالما بها أو جاهلا نائما أو يقظان مفيقا أو مغمى عليه وقف بها أو مر وهو يمشي أو على الدابة أو محمولا لأنه أتى بالقدر المفروض وهو حصوله كائنا بها والأصل فيه ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وقف بعرفة فقد تم حجه والمشي والسير لا يخلو عن وقفة وسواء نوى الوقوف عند الوقوف أو لم ينو بخلاف الطواف

وسنذكر الفرق في فصل الطواف إن شاء الله وسواء كان محدثا أو جنبا أو حائضا أو نفساء لأن الطهارة ليست بشرط لجواز الوقوف لأن حديث الوقوف مطلق عن شرط الطهارة

---

(١) بدائع الصنائع، ٢/١٠٢

ولما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة رضي الله عنها حين حاضت افعلي ما يفعله الحاج غير أنك لا تطوفي بالبيت ولأنه نسك غير متعلق بالبيت فلا تشترط له الطهارة كرمي الجمار وسواء كان قد صلى الصلاتين أو لم يصل لإطلاق الحديث ولأن الصلاتين وهما الظهر والعصر لا تعلق لهما بالوقوف فلا يكون تركهما مانعا من الوقوف والله أعلم

وأما القدر الواجب من الوقوف فمن حين تزول الشمس إلى أن تغرب فهذا القدر من الوقوف واجب عندنا

وعند الشافعي ليس بواجب بل هو سنة بناء على أنه لا فرق عنده بين الفرض والواجب فإذا لم يكن فرضا لم يكن واجبا ونحن نفرق بين الفرض والواجب كفرق ما بين السماء والأرض وهو أن الفرض اسم لما ثبت وجوبه بدليل مقطوع به والواجب اسم لما ثبت وجوبه بدليل فيه شبهة العدم على ما عرف في أصول الفقه وأصل الوقوف ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب والسنة المتواترة المشهورة (((والمشهورة))) والإجماع على ما ذكرنا

فأما الوقوف إلى جزء من الليل فلم يقم عليه دليل قاطع بل مع شبهة العدم أعني خبر الواحد وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج أو غير ذلك من الآحاد التي لا تثبت بمثلها الفرائض فضلا عن الأركان

وإذا عرف أن الوقوف من حين زوال الشمس إلى غروبها واجب فإن دفع منها قبل غروب الشمس فإن جاوز عرفة بعد الغروب فلا شيء عليه لأنه ما ترك الواجب وإن جاوزها قبل الغروب فعليه دم عندنا لتركه الواجب فيجب عليه الدم كما لو ترك غيره من الواجبات

وعند الشافعي لا دم عليه لأنه لم يترك الواجب إذ الوقوف المقدر ليس بواجب عنده ولو عاد إلى عرفة قبل غروب الشمس وقبل أن يدفع الإمام ثم دفع منها بعد الغروب مع الإمام سقط عنه الدم عندنا لأنه استدرك المتروك وعند زفر لا يسقط وهو على الإختلاف في مجاوزة الميقات بغير إحرام والكلام فيه على نحو الكلام في تلك المسألة وسنذكرها إن شاء الله في موضعها

وإن عاد قبل غروب الشمس بعدما خرج الإمام من عرفة ذكر الكرخي أنه يسقط عنه الدم أيضا وكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة أن الدم يسقط عنه أيضا لأنه استدرك المتروك إذ المتروك هو الدفع بعد الغروب وقد استدركه وذكر في الأصل أنه لا يسقط عنه الدم قال مشايخنا اختلاف الرواية لمكان الاختلاف

فيما لأجله يجب الدم فعلى رواية الأصل الدم يجب لأجل دفعه قبل الإمام ولم يستدرك ذلك وعلى رواية ابن شجاع يجب لأجل دفعه قبل غروب الشمس وقد استدركه بالعود

والقدوري اعتمد على هذه الرواية وقال هي الصحيحة والمذكور في الأصل مضطرب ولو عاد إلى عرفة بعد الغروب لا يسقط عنه الدم بلا خلاف لأنه لما غربت الشمس عليه قبل العود فقد تقرر عليه الدم الواجب فلا يحتمل السقوط بالعود والله الموفق

وأما بيان حكمه إذا فات فحكمه أنه يفوت الحج في تلك السنة ولا يمكن استدراكه فيها لأن ركن الشيء ذاته وبقاء الشيء مع فوات ذاته محال

فصل وأما طواف الزيارة فالكلام فيه في مواضع في بيان أنه ركن وفي بيان ركنه وفي بيان شرائطه وواجباته وسننه وفي بيان مكانه وفي بيان زمانه وفي بيان مقداره وفي بيان حكمه إذا فات عن أيام النحر

أما الأول فالدليل على أنه ركن قوله تعالى ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ والمراد منه طواف الزيارة بالإجماع ولأنه تعالى أمر الكل بالطواف فيقتضي الوجوب على الكل وطواف اللقاء لا يجب أصلا وطواف الصدر لا يجب على الكل لأنه لا يجب على أهل مكة فيتعين طواف الزيارة مرادا بالآية وقوله تعالى ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾ والحج في اللغة هو

". (١)

"فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جنايته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المكاتب بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها إنسان ووجب عليه أن يسعى في قيمته يوم حفر ثم وقع فيها آخر أنه لا يلزمه أكثر من قمية (((قيمة))) واحدة سواء حكم الحاكم بالأولى أو لم يحكم

ووجه الفرق أن هناك الجناية واحدة وهي حفر البئر فالضمان الذي يلزمه إنما يلزمه بسبب واحد فوقوع الثاني وإن كان بعد حكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كأنه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه إلا قيمة واحدة فأما ههنا فقد تعددت الجناية والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الأولى وانتقالها إلى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم

---

(١) بدائع الصنائع، ١٢٧/٢

ولو سقط حائط مائل أشهد عليه على إنسان فقتله فعليه أن يسعى في قيمته لأن المكاتب يملك النقض فيصح الإشهاد عليه كما في الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ

وكذلك إذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه أن يسعى في قيمته إذا كانت قيمته أكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فإن جنى جنايات ثم عجز قبل أن يقضي بها دفعه مولاه بها أو فداه وإن قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهي دين في رقبته يباع فيه لأنه إذا لم يقض عليه لم تصر القيمة دينا في رقبته فهو كعبد قن جنى جناية أنه يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء وإذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك دينا في رقبته فإذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين أنه يباع أو يقضي السيد دينه هذا كانت جنايته عمدا بأن قتل رجلا عمدا قتل به لأنه لو كان حر (((حرا))) لقتل به فالمكاتب أولى

هذا إذا جنى المكاتب على غيره فأما إذا جنى غيره عليه فإن كان خطأ فالأرش له وأرشه أرش العبد إما كون الأرش له فلأن أجزاءه ملحقة بالمنافع وهو أحق بمنافعه

وأما كون أرشه أرش العبد فلأنه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث فكانت الجناية عليه جناية على العبد فكان أرشها أرش العبيد وإن كان عمدا فالمسألة على ثلاثة أوجه في وجه يجب القصاص في قولهم وفي وجه لا يجب القصاص وفي وجه اختلفوا فيه

أما الأول فهو أن يقتله رجل عمدا ولم يترك وفاء فللمولى أن يقتل القاتل لأنه لم يترك وفاء فقد مات عاجزا فمات عبدا والعبد إذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله إن كان عبدا بالإجماع وإن كان حرا عندنا كذلك ههنا

وأما الوجه الثاني فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ويترك ورثة أحرارا سوى المولى فلا يجب القصاص لاشتباه ولي القصاص لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في أنه يموت حرا أو عبدا على ما نذكر إن شاء الله تعالى فمن قال مات حرا قال ولاية الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبدا قال الولاية للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص

فإن قيل قياس هذه النكتة أنه إذا اجتمع المولى والورثة ينبغي أن يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصي برقبته لإنسان وبخدمته لآخر إذا قتل أن لهما أن يجتمعا فيقتلا

وكذا العبد المرهون إذا قتل فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص أن لهما أن يستوفياه كذلك ههنا فالجواب أن المانع هو اشتباه المولى وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع لأن الولاية لأحدهما وهو المولى أو الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول اجتماعهما (((باجتماعهما))) بخلاف مسألة الوصية لأن

هناك لا اشتباه فإن الولاية لصاحب الرقبة لأن الملك له وإنما لصاحب الخدمة فيها حق فإذا اجتمعا في الاستيفاء فقد رضي بإسقاط حقه ويقول لصاحب الخدمة حقي قوي لشبهة الملك فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع الوليان على الاستيفاء وبخلاف مسألة الرهن فإن المستحق للقصاص هناك هو الراهن إذ الملك له إلا أن للمرتهن فيه حقا فإذا رضي بالاستيفاء (((بالاستبقاء))) فقد رضي بسقوط حقه وههنا بخلافه على ما بيناه

وأما الوجه الثالث فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب القصاص للمولى لأنه لا اشتباه ههنا لأن القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حرا أو عبدا وقال محمد لا يجب لأن المولى إن لم يشتبه فسبب ثبوت الولاية قد اشتبه لأنه إن مات حرا فالولاية تثبت بالإرث وإن مات عبدا فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين أحدهما أن السبب لم يشتبه لأن المسبب واحد وهو الملك والولاء أثر من آثار الملك

والثاني إن سلمنا أن السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه في الحكم وهو الولاية لأنها ثابتة بيقين فتثبت بأي سبب كان فإن قتل ابن المكاتب أو عبده عمدا فلا قود عليه لأن المكاتب وهو أبو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له ولو

---

(١) ".

"بالزمان فلا تصير معلومة إلا بذكر زمان معلوم فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال في نوبته لا خلاف في أنهما إذا لم يشترطا لم يملك

فأما إذا شرطا ذكر القدوري عليه الرحمة أنه لا يملك لأن هذا النوع من المهايأة في معنى الإعارة والعارية لا تؤجر

وذكر الأصل أن التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة

منهم من قال المذكور في الأصل ليس بمهايئات حقيقة لوجهين أحدهما أنه أضاف التهايؤ إلى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتمل التهايؤ حقيقة إذ هي عين والتهايؤ قسمة المنافع دون الأعيان

والثاني أنه ذكر فيه أن غلة الدار إذا أوصلت (((وصلت))) في يد أحدهما شاركه فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهايئات وكما أن المهايأة بالمكان في الدارين إذا تهايئا أن يأخذ كل واحد منهما

---

(١) بدائع الصنائع، ١٥٢/٤

وأخذه يستغلها فاستغلها ففضل من الغلة في يد أحدهما أن الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور في الأصل محمولا على ما إذا اصطلحا على أن يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمي ذلك مهايأة مهايأة مجازا وإن لم يكن ذلك مهايأة حقيقة في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما

وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل أن يكون المذكور في الأصل دليلا على شرط جواز الاستغلال إذ الغلة يجوز أن تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة وقد قام دليل إرادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهايؤ إذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله

وكذا التهايؤ يكون على شيء هو مقدور التهايؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرن بها السكنى الذي هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشاركه فيه صاحبه محمولا على ما إذا تهايئا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين فعلى هذا ثبت اختلاف روايتي الحاكم وأحمد بن الحسين القدوري عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الحدود جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير وبدأ بمسائل الحدود فبدأ بما بدأ به فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق الكلام في الحدود يقع في مواضع في بيان معنى الحد لغة وشرعا

وفي بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها

وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضي وفي بيان صفاتها وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان شرائط جواز إقامتها

وفي بيان كيفية إقامتها وموضع الإقامة وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفي بيان حكمها إذا اجتمعت وفي بيان حكم المحدود

أما الأول الحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى عز شأنه بخلاف التعزير فإنه ليس بمقدر قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فإنه وإن كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتى يجري فيه العفو والصلح

سمي هذا النوع من العقوبة حدا لأنه يمنع صاحبه إذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه إذا لم يكن متلفا لأنه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة

والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان أسباب وجوبها فلا يمكن الوصول إليه إلا بعد معرفة أنواعها لأن سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود خمسة أنواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف

أما حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وسنذكر ركن السرقة وشرائط الركن في كتاب السرقة

وأما حد الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما وهو الزنا وإنما يختلفان في الشرط وهو الإحصان فالإحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والإحصان في عرف الشرع

أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح

". (١)

"جميعا

والأصل في اعتبار الشبهة في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات ولأن الحد عقوبة متكاملة فتستدعي جناية متكاملة والوطء في القبل في غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية إلا عند انتفاء الشبهة كلها

إذا عرف الزنا في عرف الشرع فنخرج عليه بعض المسائل فنقول الصبي أو المجنون إذا وطيء امرأة أجنبية لا حد عليه لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة إذا طاوعته عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٣/٧

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهم عليها الحد ولا خلاف في أن العاقل البالغ إذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد عليها

لهما أن المانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ إذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وإن كان لا يجب عليها لما قلنا

كذا هذا

ولنا أن وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية لأن فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لأنها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة وإنما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي مزنيا بها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية أو المجنونة مزنيا بها إلا أن الحد لم يجب عليها لعدم الأهلية والأهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب

وكذلك الوطء في الدبر في الأنثى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وإن كان حراما لعدم الوطء في القبل فلم يكن زنا

وعندهما والشافعي يوجب الحد وهو الرجم إن كان محصنا والجلد إن كان غير محصن

لا لأنه زنا بل لأنه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التمحض فكان في معنى الزنا فورود النص بإيجاب الحد هناك يكون ورودا ههنا دلالة

ولأبي حنيفة ما ذكرنا أن اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا أن الزنا اسم للوطء في قبل المرأة

ألا ترى أنه يستقيم أن يقال لاط وما زنا وزنا (((وزنى))) وما لاط ويقال فلان لوطي وفلان زاني

فكذا يختلفان اسما

واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل

ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل

ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى

لأن موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت أنه ليس بزنا ولا في معنى الزنا أيضا لما في الزنا من **اشتباه** الأنساب وتضييع الولد

ولم يوجد ذلك في هذا الفعل

إنما فيه تضييع الماء المهين الذي يباح مثله بالعزل

وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر

لأن الحاجة إلى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده

ولا يغلب وجود هذا الفعل

لأن وجوده يتعلق باختيار شخصين

ولا اختيار إلا لداع يدعو إليه ولا داعي في جانب المحل أصلا

وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن في معنى الزنا فورود النص هناك ليس ورودا ههنا وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضي الله عنهم دليل على أن الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين أحدهما أن التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد

والثاني أنه لا مجال للاجتهاد في الحد بل لا يعرف إلا بالتوقيف وللاجتهاد مجال في التعزير

وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية

وكذا وطء البهيمة وإن كان حراما لانعدام الوطء في قبل المرأة فلم يكن زنا ثم إن كانت البهيمة ملك الواطيء قيل إنها تذبح ولا تؤكل ولا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله

لكن روى محمد عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه لم يحد واطيء (((واطئ))) البهيمة وأمر بالبهيمة حتى أحرقت بالنار

وكذلك الوطء عن إكراه لا يوجب الحد وكذلك الوطء في دار الحرب وفي دار البغي لا يوجب الحد حتى إن من زنا في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد لأن الزنا لم ينعقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك

وكذلك الحربي المستأمن إذا زنا بمسلمة أو ذمية أو ذمي زنا بحربية مستأمنة لا حد على الحربي والحربية عندهما

وعند أبي يوسف يحدان

وجه قوله أنه لما دخل دار الإسلام فقد التزم أحكام الإسلام مدة إقامته فيها فصار كالذمي ولهذا يقام عليه حد القذف كما يقام على الذمي

ولهما أنه لم يدخل دار الإسلام على سبيل الإقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الإسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف حد القذف لأنه لما طلب الأمان من المسلمين فقد

". (١)

"التزم أمانهم عن الإيذاء بنفسه وظهر حكم الإسلام في حقه ثم يحد المسلمة والذمية عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يحد ويحد الذمي بلا خلاف

وجه قول محمد رحمه الله أن الأصل فعل الرجل وفعلها يقع تبعا فلما لم يجب على الأصل لا يجب على التبع كالمطاوعة للصبي والمجنون

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن فعل الحربي حرام محض

ألا ترى أنه يؤاخذ فكان زنا فكانت هي مزنيا بها إلا أن الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه أحكامنا

وهذا أمر يخصه

ويحد الذمي لأنه بالذمة والعهد التزم أحكام الإسلام مطلقا إلا في قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا

وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها لا يوجب الحد وإن كان حراما لقيام الملك والنكاح فلم يكن زنا

وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبة والمحرمة برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وإن كان حراما وعلم بالحرمة وكذلك وطء الأب جارية الابن لا يوجب الحد وإن علم بالحرمة لأن له في مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجه أو حق الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فظاهر إضافة مال الابن إلى الأب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك فلئن تقاعد عن إفادة الحقيقة فلا يتقاعد على إيراث الشبهة أو حق الملك

وكذلك وطء جارية المكاتب لأن المكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم فكان مملوك المولى رقبة وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب فإن لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٤/٧

وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن

أما إذا لم يكن عليه دين فظاهر لأنها ملك المولى

وكذلك إن كان عليه دين لأن رقبة المأذون ملك المولى وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب كما في جارية المكاتب بل (((وبل))) أولى

لأن كسب المأذون أقرب إلى المولى من كسب المكاتب

فلما لم يجب الحد هناك فههنا أولى

ولأن هذا الملك محل الاجتهاد

لأن العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فأشبه وطأ حصل في نكاح وهو محل الاجتهاد وذا لا يوجب الحد

كذا هذا

وكذلك وطء الجد أب الأب وإن علا عند عدم الأب بمنزلة وطء الأب لأن له ولادا فنزل منزلة الأب

وكذلك الرجل من الغانمين إذا وطىء جارية من المغنم قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله لا حد عليه وإن علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فإن لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة

ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لأن ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل إما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وأنه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب

وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لأن العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة

وكذلك إذا تزوج الغير أو مجوسية أو مدبرة أو أمة على حرة أو أمة بغير إذن مولاها أو العبد تزوج امرأة بغير إذن مولاها (((مولاه))) فوطئها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الأهل في المحل وأنه يوجب شبهة

وكذلك إذا نكح محارمه أو الخامسة أو أخت امرأته فوطئها لا حد عليه عند أبي حنيفة وإن علم بالحرمة وعليه التعزير

وعندهما والشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد

والأصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافا إلى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالا أو حراما وسواء كان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة

والأصل عندهما أن النكاح إذا كان محرما على التأبيد أو كان تحريمه مجمعا عليه يجب الحد وإن لم يكن محرما على التأبيد أو كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه

وجه قولهم أن هذا نكاح أضيف إلى غير محله فيلغو ودليل عدم المحلية أن محل النكاح هي المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالى ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ والمحارم محرمات على التأبيد لقول الله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ الآية إلا أنه إذا ادعى الاشتباه وقال ظننت أنها تحل لي سقط الحد لأنه ظن أن صيغة لفظ النكاح من الأهل في المحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن في حقه وإن لم يكن معتبرا حقيقة إسقاطا لما يدرأ بالشبهات وإذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن لفظ النكاح صدر من أهله مضافا إلى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح المتعة ونحو ذلك ولا شك في وجود لفظ النكاح والأهلية والدليل على المحلية أن محل النكاح هو الأنثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول

أما النصوص فقوله سبحانه ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ وقوله

(١) ".

"سبحانه وتعالى ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ﴾ وقوله سبحانه وتعالى ﴿ وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى ﴾ جعل سبحانه وتعالى النساء على العموم والإطلاق محل النكاح والزوجية

وأما المعقول فلأن الأنثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت محلا لحكم النكاح لأن حكم التصرف وسيلة إلى ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل إلا أن الشرع أخرجها من أن تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام المحلية حقيقة فقيام صورة العقد والمحلية يورث شبهة إذ الشبهة اسم

(١) بدائع الصنائع، ٣٥/٧

لما يشبه الثابت وليس بثابت أو نقول وجد ركن النكاح والأهلية والمحلية على ما بينا إلا أنه فات شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا والوطء في النكاح الفاسد لا يكون زنا بالإجماع وعلى هذا ينبغي أن يعلل فيقال هذا الوطء ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا على النكاح بغير شهود وسائر الأنكحة الفاسدة

ولو وطيء جارية الأب أو الأم فإن ادعى **الاشتباه** بأن قال ظننت أنها تحل لي لم يجب الحد وإن لم يدع يجب وهو تفسير **شبهة** **الاشتباه** وأنها تعتبر في سبعة مواضع في جارية الأب وجارية الأم وجارية المنكوحة وجارية المطلقة ثلاثا ما دامت في العدة وأم الولد ما دامت تعتد منه والعبد إذا وطيء جارية مولاه والجارية المرهونة إذا وطئها المرتهن في رواية كتاب الرهن وفي رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه

أما إذا وطيء جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلأن الرجل ينبسط في مال أبويه وزوجته وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادة

ألا ترى أنه يستخدم جارية أبويه ومنكوحته من غير استئذان فظن أن هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعا أيضا

وهذا وإن لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه لإسقاط ما يندرىء (((يندرئ))) بالشبهات وإذا لم يدع ذلك فقد عري الوطء عن **الشبهة** فتمحض حراما فيجب الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى **الاشتباه** (((**بالاشتباه**))) أو لا لأن ثبات النسب يعتمد قيام معنى في المحل وهو الملك من كل وجه أو من وجه ولم يوجد

ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لا حد عليهما ما لم يقر (((يقرا))) جميعا أنهما قد علما بالحرمة لأن الوطء يقوم بهما جميعا فإذا تمكنت فيه **الشبهة** من أحد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الآخر ضرورة

وأما من سوى الأب والأم من سائر ذوي الرحم المحرم كالأخ والأخت ونحوهما إذا وطيء جاريته يجب الحد

وإن قال ظننت أنها تحل لي لأن هذا دعوى **الاشتباه** في غير موضع **الاشتباه** لأن الإنسان لا ينبسط بالانتفاع بمال أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا ظنا مستندا إلى دليل فلا يعتبر

وكذلك إذا وطيء جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا

أما إذا وطيء المطلقة ثلاثا في العدة فلأن النكاح قد زال في حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات الثلاث وإنما بقي في حق الفراش والحرمة على الأزواج فقط فتمحض الوطء حراما فكان زنا فيوجب الحد إلا إذا ادعى **الاشتباه** وظن الحل لأنه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقي في حق الحل أيضا وهذا وإن لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه درءا (((درأ))) لما يندرىء (((يندرئ))) بالشبهات وإن كان طلاقها واحدة بائنة لم يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام لأن زوال الملك بالإبانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فإن مثل سيدنا عمر رضي الله عنه يقول في الكنايات إنها رواجع وطلاق الرجعى لا يزيل الملك فاختلافهم يورث **شبهة**

ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي أنه ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لأن زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق **الشبهة** فيجب الحد إلا إذا ادعى **الاشتباه** لما ذكرنا في المطلقة الثلاث

وكذلك إذا وطيء أم ولده وهي تعتد منه بأن أعتقها لأن زوال الملك بالإعتاق مجمع عليه فلم تثبت **الشبهة**

وأما العبد إذا وطيء جارية مولاه فإن العبد ينبسط في مال مولاه عادة بالانتفاع فكان وطؤه مستندا إلى ما هو دليل في حقه فاعتبر في حقه لإسقاط الحد وإذا لم يدع يحد لعراء الوطء عن

". (١)

"**الشبهة**

وأما المرتهن إذا وطيء الجارية المرهونة فوجه رواية كتاب الرهن أن يد المرتهن يد استيفاء الدين فصار المرتهن مستوفيا الدين من الجارية يدا فقد وطيء جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل التسليم إلا إذا ادعى **الاشتباه** وقال ظننت أنها تحل لي لأنه استند ظنه إلى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درءا (((درأ))) للحد

وإذا لم يدع فلا **شبهة** فلا يجب الحد

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٦/٧

وجه رواية كتاب الحدود أن الاستيفاء في باب الرهن إنما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا في الجنس ولا مجانسة بين التوثيق وبين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه

ولو وطيء البائع الجارية المبيعة قبل التسليم لا حد عليه

وكذلك الزوج إذا وطيء الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم

لأن ملك الرقبة وإن زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث شبهة

ولو وطيء المستأجر جارية الإجارة والمستعير جارية الإعارة والمستودع جارية الوديعة يحد وإن قال ظننت أنها تحل لي لأن هذا ظن عري عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر

ولو زفت إليه غير امرأته وقلن النساء إن هذه امرأتك فوطئها لا حد عليه منهم من قال إنما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد فإنها إذا جاءت بولد يثبت النسب

ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغي أن لا يثبت لأن النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه كما فيما ذكرنا من المسائل وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى آخر وهو أن وطأها (((وطئها))) بناء على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الإخبار بأنها امرأته بل لا دليل ههنا سواه فلئن تبين الأمر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة

ولو وطيء أجنبية وقال ظننت أنها امرأتي أو جاريتي أو شبهتها بامرأتي أو جاريتي يجب الحد لأن هذا الظن غير معتبر لعدم استناده إلى دليل فكان ملحقا بالعدم فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن ما لم يعرف أنها امرأته بدليل إما بكلامها أو بإخبار مخبر ولم يوجد مع ما أنا لو اعتبرنا هذا الظن في إسقاط الحد لم يقم حد الزنا في موضع ما إذ الزاني لا يعجز عن هذا القدر فيؤدي إلى سد باب الحد

وهكذا روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال لو قيل هذا لما أقيم الحد على أحد وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأة في بيته فوقع عليها وقال ظننتها امرأتي عليه الحد لأن هذا ظن لم يستند إلى دليل إذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطؤها من المحارم والأجنبيات فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن فلم تثبت الشبهة

وروي عن محمد في رجل أعمى دعى (((دعا))) امرأته فقال يا فلانة فأجابت غيرها فوقع عليها أنه يحد ولو أجابته غيرها وقالت أنا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب وهي كالمرأة المزفوفة إلى غير زوجها لأنه لا يحل له وطؤها بنفس الإجابة ما لم تقل أنا فلانة لأن الإجابة قد تكون من التي

ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الإجابة فإذا فعل لم يعذر بخلاف ما إذا قالت أنا فلانة فوطئها لأنه لا سبيل للأعمى إلى أن يعرف أنها امرأته إلا بذلك الطريق فكان معذورا فأشبه المرأة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيرا لا يصدق على ذلك لإمكان الوصول إلى أنها امرأته بالرؤية

وروي عن زفر في رجل أعمى وجد على فراشه أو مجلسه امرأة نائمة فوقع عليها وقال ظننت أنها امرأتي يدرأ عنه الحد وعليه العقر

وقال أبو يوسف لا يدرأ

وجه قول زفر أنه ظن في موضع الظن إذ الظاهر أنه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستندا إلى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد كما لو زفت إليه غير امرأته فوطئها

وجه قول أبي يوسف أن النوم على الفراش لا يدل على أنها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فإذا استحل وظهر الأمر بخلافه لم يكن معذورا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الإحصان فالإحصان نوعان إحصان الرجم وإحصان القذف

أما إحصان الرجم فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والإسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعا على هذه الصفات وهو أن يكونا جميعا عاقلين بالغين حرين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعا فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصنا والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخرا عنها فإن تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها فلا إحصان الصبي (((للصبي))) والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد

---

(١) ".

" ولا تجب عليه الكفارة أما الفطر في هلال الفطر فظاهر لأنه يوم عيد عنده فيكون شبهة وأما في هلال رمضان فلأن الإمام لما رد شهادته صار مكذبا شرعا ولأنه يحتمل الاشتباه عليه على ما بينا وروي أن رجلا أخبر عمر رضي الله عنه برؤية الهلال فمسح عمر على حاجبه ثم قال أين الهلال فقال فقدته يا أمير المؤمنين فعلم بذلك أن شعرة من حاجبه أو جفنه تقوست فظنها هلالا وقيل تجب الكفارة فيهما للظاهر الذي هو بين الناس في الفطر وللحقيقة التي عنده في رمضان والصحيح الأول للشبهة التي ذكرناها

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٧/٧

ولأن رد الإمام شهادته حكم منه بأنه ليس من رمضان فصار كما لو قضى بالقصاص بالشهادة فقتله الولي ثم جاء المقتول حيا لا يجب على الولي القصاص لأن قضاءه به يصير شبهة واختلفوا فيما إذا أفطر قبل رد الإمام شهادته في وجوب الكفارة فمنهم من أوجبها في هلال الفطر وهلال رمضان والصحيح أنه لا كفارة عليه فيهما لما ذكرنا وأوجب الشافعي رحمه الله تعالى الكفارة في هلال رمضان مطلقا إن أفطر بالوقاع لأنه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه والحجة عليه ما بينا والإمام إذا رأى هلال الفطر وحده لا يفطر ولا يخرج لصلاة العيد لما مر ولو رأى هلال رمضان رجل واحد فردت شهادته فصام ثلاثين يوما لم يفطر إلا مع الإمام لأنا إنما أوجبنا عليه الصوم احتياطا والاحتياط بعد ذلك مع موافقة الناس ولو أفطر لا كفارة عليه للحقيقة التي عنده قال رحمه الله (وقبل بعلة خبر عدل ولو قنا أو أنثى لرمضان وحرين أو حر وحرتين للفطر) أي إذا كان بالسماء علة يقبل في هلال رمضان خبر واحد عدل ولو كان عبدا أو امرأة وفي هلال الفطر تقبل شهادة رجل حر وامرأتين حرتين والعلة الغيم أو الغبار ونحوهما أما هلال رمضان فلأنه أمر ديني فيقبل فيه خبر الواحد ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا كرواية الأخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة لأن قول الفاسق في الديانات التي يمكن تلقيها من جهة العدول غير مقبول كروايات الأخبار بخلاف الإخبار بطهارة الماء ونجاسته ونحوه حيث يتحرى في قبول الفاسق فيه لأنه لا يمكن تلقيه من جهة العدول لأنه واقعة خاصة لا يمكن استصحاب العدول فيها وفي هلال رمضان ممكن لأن المسلمين كلهم متشوقون إلى رؤية الهلال فيه وفي عدولهم كثرة فلا حاجة إلى قبول خبر الفاسق فيه كما في روايات الأخبار وتأويل قول الطحاوي عدلا كان أو

". (١)

" وإن تبين أنه أكل بالليل فلا شيء عليه في جميع ما ذكرنا ثم اعلم أن التسحر مستحب وقيل سنة لقوله صلى الله عليه وسلم تسحروا فإن في السحور بركة (١) وقال صلى الله عليه وسلم إن فضل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحور ويروى السحور + (رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه) + والمستحب فيه التأخير وفي الفطر التعجيل لما روى أبو ذر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول لا تزال أمتي بخير ما أخروا السحور وعجلوا الفطر + (رواه أحمد) + وعن سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تزال الناس بخير ما عجلوا الفطر + (متفق عليه) + وعن أنس أنه صلى الله عليه وسلم كان

---

(١) تبيين الحقائق، ٣١٩/١

يفطر على رطبات قبل أن يصلي فإن لم تكن رطبات فتمرات فإن لم تكن تمرات حسا حسوات من ماء + (رواه أحمد وأبو داود والترمذي) + وأما عدم وجوب الكفارة على من أكل عمدا بعد أكله ناسيا فلأن **الاشتباه** استند إلى دليل وهو القياس فتحقق **الشبهة** ولا فرق في ذلك بين أن يبلغه الحديث وعلمه أو لا لأن **الشبهة** في الدليل فلا تنتفي بالعلم كوطء الأب جارية الابن حيث لا يجب الحد كيفما كان لما قلنا وكذا لو جامع ناسيا ثم أكل أو جامع عمدا وعلى هذا لو نوى من النهار أو أصبح مسافرا فنوى الإقامة فأكل لا كفارة عليه وروي عن أبي حنيفة أنه إذا بلغه الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه أنه تجب عليه كفارة وكذا عنهما لأن الحديث صحيح وليس بشاذ حتى يجتزئ بتركه والظاهر الأول لقيام **الشبهة** الحكمية ولهذا قال أبو حنيفة لولا هذا الحديث لقلت بفطره بالأكل ناسيا وهذا دليل على قوتهما أعني قوة الحديث وقوة القياس وعلى هذا لو ذرعه القيء ثم أفطر عمدا لا تجب عليه الكفارة لأنه ينفصل منه شيء ويعود إلى الجوف عادة فيثبت به **شبهة** حكمية ولو احتجم فظن أن ذلك يفطره فأكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لأن الظن لم يستند إلى دليل شرعي إلا إذا أفتاه فقيه بذلك لأن الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم فأفطر متعمدا فكذلك عند محمد لأن قول الرسول أقوى من فتوى المفتي فأولى أن يكون **شبهة** وعن أبي يوسف خلاف ذلك لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة الأحاديث ولو عرف تأويله تجب عليه الكفارة لانتفاء **الشبهة** وقول الأوزاعي

١- (رواه الجماعة)

(١) ".

" ليس له ذلك بعد الدخول إلا بحضرة من صاحبه كما في البيع الفاسد بعد القبض قال رحمه الله (ولم يزد على المسمى) أي إن زاد مهر مثلها على المسمى لا يزاد عليه وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ اعتبارا بالبيع الفاسد ولنا أنها أسقطت حقها في الزيادة لرضاها بما دونها فلا يجب ولأن المنافع ليست بمال وإنما تتقوم بالعقد أو **شبهة** العقد للضرورة وفيما لو يوجد فيه العقد أو شبهته لا يتقوم وكذا لو كان مهر المثل أقل من المسمى يجب مهر المثل لعدم صحة التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته ولو لم يكن المهر مسمى أو كان مجهولا يجب بالغا ما بلغ بالاتفاق قال رحمه

---

(١) تبيين الحقائق، ٣٤٣/١

الله (ويثبت النسب) أي نسب الولد المولود في النكاح الفاسد لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى قاله أبو الليث وعندهما من وقت النكاح وهو بعيد لأن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء لحرمته ولهذا لا تثبت به حرمة المصاهرة بمجرد العقد بدون الوطء أو اللمس أو التقبيل وذكر في كتاب الدعوى من الأصل إذا تزوجت الأمة بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج وولدت لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فقد اعتبره من وقت النكاح لا من وقت الدخول ولم يحك خلافا قال الحلواني في هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد خلافا لما يقوله البعض إنه لا ينعقد إلا بالدخول وذكر شيخ الإسلام أن الفراش لا ينعقد في النكاح الفاسد إلا بالدخول وتأويل هذه المسألة أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة فحينئذ تستوي المدتان قال شمس الأئمة في الغاية قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط في النسب من وقت التفريق أيضا لا من وقت النكاح لأن العدة للنسب وهذا الذي ذكره وهم لا تحقق له لأنهم إنما اعتبروا من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد إقامة للتمكن من الوطء **بالشبهة** مقام الوطء حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الوطء يثبت نسبه كما في الصحيح ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا ترى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها بل هي معه يثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن اعتباره من وقت العقد ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر وإن لم يخل بها لا يلزمه الولد قال رحمه الله (والعدة) أي وتجب العدة يعني إذا دخل بها لأن الفاسد ملحق بالصحيح في موضع الاحتياط تحرزا عن **اشتباه** النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق كالطلاق في النكاح الصحيح لأنها تجب باعتبار **شبهة** النكاح ورفعها بالتفريق أو بمتاركة الزوج وقال زفر رحمه الله من آخر الوطآت واختاره أبو القاسم الصفار حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق فقد انقضت ولا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد بل هو متاركة فيه ولا تتحقق المتاركة إلا بالقول بأن يقول تاركتك أو تاركتها أو خليت سبيلك أو خليتها وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الأصح كما في الصحيح وإنكار النكاح إن كان بحضرتها فهو متاركة وإلا فلا روي ذلك عن أبي

" (١).

" **اشتباه** وهو أن يظن غير الدليل دليلا فيتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لأن المحل خال عن الملك والحق فكان زنا حقيقة غير أنه سقط الحد لمعنى راجع إليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه وإن ادعاه والنوعان الآخران **الشبهة** في كل واحد منهما حكمية فيثبت مطلقا لأن **الشبهة** فيه لدليل قائم به يقتضي الحل وإنما امتنع من إفادته لمانع على ما يجيء تفاصيله قال رحمه الله (لا حد **بشبهة** المحل وإن ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات) أي لا يجب الحد لأجل **شبهة** وجدت في المحل وإن علم حرمته لأن **الشبهة** إذا كانت في الموطوءة يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لأن الدليل المثبت للحل قائم وإن تخلف عن إثباته حقيقة لمانع فأورث **شبهة** فلهذا سمي هذا النوع **شبهة** في المحل لأنها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل بيانه أن قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾ يقتضي الملك لأن اللام فيه للملك وكذا أمة ولد الولد والمعتدة التي طلقها بالكنايات فيها اختلاف الصحابة فمذهب عمر رضي الله عنه أنها رجعية فأورث **شبهة** وإن كان المختار قول علي رضي الله عنه ولهذه المسائل أخوات منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لأنها في ضمانه ويده وتعود إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد وقد بقيت اليد فتبقى **الشبهة** وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لأنه ثبت له حق الملك فيها وكذا إذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته لأن له حقا في كسب عبده فكان **شبهة** في حقه ومنها الجارية الممهورة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لأن ملكه في البعض ثابت حقيقة فتكون **الشبهة** فيها أظهر ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لأن استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال

" (٢).

" فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع قال رحمه الله (**ولشبهة** الفعل إن ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده) أي يسقط الحد لأجل **الشبهة** في الفعل إن ظن أن وطأها حلال له ويسمى

---

(١) تبيين الحقائق، ١٥٣/٢

(٢) تبيين الحقائق، ١٧٦/٣

هذا النوع من الشبهة شبهة في الفعل لأن الملك والحق غير ثابت في هؤلاء اللاتي ذكرهن لأن حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع بها فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقي فيها بعض الأحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة إن ظن حله لأنه في موضع الاشتباه فيعذر ولا فرق في ذلك بين أن يوقع الثلاث جملة أو متفرقا ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي وكذا الأملاك متباينة بينه وبين أبويه وكذا بينه وبين زوجته فلا ملك له ولا حق في مالهم وكذا العبد في مال مولاه غير أن البسوطة تجري بينهم في الانتفاع بالأموال والرضا بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بماله شرعا فإذا ظن الوطء من هذا القبيل حلالا يعذر لأن وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال والاشتباه في محله معذور فيه ولهذه المسائل أيضا أخوات منها المطلقة على مال لأن حرمتها ثابتة بالإجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا ومنها أم الولد إذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالإجماع وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء أثر الفراش وهي العدة ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو المختار لأن الاستيفاء من عينها لا يتصور وإنما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلا في محل الاستيفاء وهذا لأن الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا لو مات العبد المرهون يكون كفنه على الراهن على ما عرف في موضعه والوطء يصادف العين ولئن أفاد ملك العين لا يتصور أن يفيد ملك المتعة بحال لأنه يصير مستوفيا لها بعد الهلاك وفي ذلك الوقت لا يتصور ملك المتعة فيها فصارت كالجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم بخلاف المشتراة بشرط الخيار للبائع لأن الملك فيها يثبت حقيقة في حال قيامها عند نفوذ البيع وذلك سبب لملك المتعة فإن قيل فعلى هذا وجب أن يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال في الجملة وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت لأن الإجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وإنما يستوفي حقه من الثمن ولو ملك العين أو تعلق حقه بها لما جاز بيعها إلا بإذنه كالرهن ثم كما يسقط الحد عنهما بدعوى الفحل يسقط عنهما بدعوى الجارية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يسقط عنه لأنها تبع

". (١)

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/١٧٧

" فسقوطه عن التبع لا يوجب السقوط عن الأصل كالبالغ إذا زنى بصبية والظاهر الأول لأن سقوط الحد عن الجارية باعتبار الشبهة فيتعدى إليه لأن الفعل واحد بخلاف الصبية لأن عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الأهلية فلا يمكن تعديته إليه فاقتصر عليها قال رحمه الله (والنسب يثبت في الأولى فقط) أي يثبت النسب إن ادعاه في الشبهة الأولى وهي الشبهة في المحل ولا يثبت في النوع الثاني وهو الشبهة في الفعل وإن ادعاه لأن النسب يعتمد قيام الملك أو الحق في المحل لأنه لا يثبت بدون الفراش والفراش أو شبهته توجد بأحدهما وفي النوع الأول وجد أحدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فتمحض زنا وإنما سقط الحد لمعنى راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه والمحل خال عن الملك وعن الحق ولهذا يجب عليه الحد إذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الأول على ما بينا قال رحمه الله (وحد بوطء أمة أخيه وعمه وإن ظن حله وامرأة وجدت في فراشه) يعني وإن ظن أنها تحل له لأنه لا بسوطة في مال هؤلاء عادة فلم يستند ظنه إلى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد بخلاف السرقة منهم حيث لا تقطع بها يده لأن حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز في حقه لأن المحارم بعضهم يدخل على بعض بغير استئذان ولا حشمة لوجود الإذن بالدخول عادة فيدرأ به الحد وأما هنا يجب الحد بالزنا وقد وجد ويدرأ بالحل أو بشبهته ولم يوجد ويتبين لك هذا المعنى في الضيف فإنه إذا سرق من المضيف لا تقطع يده وإن زنى بجاريته أو في بيته بل في بيت نفسه يحد لما قلنا وهو المراد بقوله : وامرأة وجدت في فراشه أي يحد بوطء امرأة أجنبية وجدت في فراشه وإن قال ظننت أنها امرأتي لأنه بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته وقد ينام في فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران فلم يستند الظن إلى دليل فلا يعتبر وكذا إذا كان أعمى لأن امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالجس والنفس والرائحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية فقالت أنا امرأتك فوطئها فإنه لا حد عليه لأن ظنه استند إلى دليل شرعي وهو الإخبار وكذا لو قالت أنا فلانة باسم امرأته فواقعها لا يحد لما قلنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه منه لما نذكر من قريب في المزفوفة وإن أجابته ولم تقل أنا امرأتك ولا أنا فلانة يحد لعدم ما يوجب السقوط ولو أكرهها يجب عليه الحد دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعي وهو نظير الاختلاف في ضمان المسروق مع القطع

---

(١) ".

---

(١) تبيين الحقائق، ١٧٨/٣

" قال رحمه الله (لا بأجنبية زفت وقيل هي زوجتك) أي لا يجب الحد بوطء أجنبية زفت إليه وقيل له هي زوجتك فيما إذا تزوج امرأة ولم يدخل بها بعد لأنه اعتمد دليلا شرعيا في موضع **الاشتباه** وهو الإخبار فيطلق له العمل إذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها في أول الوهلة ولا دليل يقف عليه سوى هذا ولهذا قلنا يثبت نسبه وإن كانت **شبهة** **اشتباه** لعدم الملك وشبهته لأن الشارع جعل الإخبار بالملك كالمتحقق دفعا لضرر الغرور عنه في الأمة التي اشتراها ثم استحقت بعدما وطئها واستولدها ولا يحد قاذفه لأنه وطء حرام في غير الملك فيسقط به إحصانه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يسقط إحصانه لأن هذا الوطء حلال له ظاهرا والحكم يبنى على الظاهر قلنا ليس له فيها ملك ولا شبهته فكان زنا حقيقة فيبطل به إحصانه واستناده إلى دليل شرعي لا يمنع من ذلك كمن وطئ جارية ابنه فإنه يسقط إحصانه بذلك علقت أو لم تعلق ادعاه أو لم يدع قال رحمه الله (وعليه مهر) لأن عليا رضي الله عنه قضى بذلك ولأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط الحد عنه فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا قلنا في كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب المهر لما ذكرنا إلا في وطء جارية الابن وعلقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا في النكاح أو في وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها في الزيادات وينبغي أن لا يجب بوطء جارية السيد لأن المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب ثم سقط فمستقيم على ما اختلفوا في تزويج المولى عبده بجاريته ويكون المهر للموطوءة بذلك قضى علي رضي الله عنه وكان عمر رضي الله عنه يجعله في بيت المال كأنه جعله حق الشرع لما أن الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول علي رضي الله عنه لأن الوطء كالجناية عليها وأرش الجنايات للمجني عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لأن الحد ساقط عنها قال رحمه الله (وبمحرم نكحها) أي لا يجب الحد بوطء محرم تزوجها وهذا هو **الشبهة** في العقد سواء كان عالما بالحرمة أو لم يكن عالما بها عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن إن كان

---

(١) ".

" عالما يوجع بالضرب تعزيرا له وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله إن كان عالما يحد في كل امرأة محرمة عليه على التأبيد أو ذات زوج لأن حرمتهن ثبتت بدليل قطعي وإضافة العقد إليهن كإضافته إلى الذكور لكونه صادف غير المحل فيلغو لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهو الحل

---

(١) تبيين الحقائق، ١٧٩/٣

هنا وهي من المحرمات فيكون وطؤها زنا حقيقة لعدم الملك فيها والحق وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾ إلى قوله ﴿ إنه كان فاحشة ﴾ والفاحشة هي الزنا لقوله تعالى ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ﴾ الآية . ومجرد إضافة العقد إلى غير المحل لا عبرة به ألا ترى أن البيع الوارد على الميتة والدم غير معتبر شرعا حتى لا يفيد شيئا من أحكام البيع غير أنه إذا لم يكن عالما يعذر بالاشتباه ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأنثى من أولاد آدم محل لهذا العقد لأن محل العقد ما يكون قابلا لمقصوده الأصلي وكل أنثى من أولاد آدم قابل لحكم النكاح وهو التوالد والتناسل وإذا كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه إذ الحكم يثبت ذريعة إلى المقصود فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة الحل حقيقة لمكان الحرمة الثابتة فيهن بالنص فيورث شبهة إذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة بنفسها ألا ترى أن الخمر ليست بمال عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشترى بها شيئا اعتبرت مالا في حق انعقاد العقد حتى يملك ما يقابلها لكونها مالا عند أهل الذمة والأنثى من أولاد آدم محل للعقد في حق غيره من المسلمين فكانت أولى بإيراث الشبهة وكونها محرمة على التأبيد لا ينافي الشبهة ألا ترى أنه لو وطئ أمته وهي أخته من الرضاع عالما بالحرمة لا يجب عليه الحد والنكاح في إفادة ملك المتعة أقوى من ملك اليمين لأنه شرع له بخلاف ملك اليمين فكان أولى في إفادة الشبهة لأن الشبهة تشبه الحقيقة فما كان أقوى في إثبات الحقيقة كان أقوى في إثبات الشبهة واستدلالهم بالفاحشة على أنه زنا غير صحيح لأن الفاحشة اسم للمحرم قال الله تعالى ﴿ ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ وقال تعالى ﴿ الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللمم ﴾ فلا يكون اسم الفاحشة مختصا بالزنا ولو كان مختصا به فليس فيه دلالة على ما قالوا لأن النكاح حقيقة للوطء فيحمل عليه النكاح المذكور في الآية لا على العقد لأن العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطء بعد العقد لأن اللفظ لا يدل عليه إذ النكاح لم يذكر إلا مرة فيتناول أحدهما على البدل دون الجمع بينهما لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز والدليل على أنه ليس بزنا أن أهل الذمة يقرون عليه وكان مشروعا في دين من قبلنا والذمي لا يقر على الزنا ولم يشرع الزنا في دين من الأديان قط فإذا لم يجب الحد عنده لما ذكرنا يبالغ في تعزيره إن كان عالما بذلك لأنه ارتكب محظورا فيه فساد العالم ومن الشبهة في العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير إذن المولى أو وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا في عقدة فوطئهن أو وطئ مجوسية أو مشركة تزوجها أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الأخيرة لو كان متعاقبا في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان .

قال رحمه الله (وبأجنبية في غير القبل وبلواطة) أي لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية في غير قبلها ولا

باللواطة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم إن كان محصنا

". (١)

" لا شبهة الشبهة قال رحمه الله (وإن أقر بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها أو في البلد ولو على كل زنا أربعة) أي لو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يجب عليه الحد وإن شهد عليه الشهود بذلك بأن قالوا زنى بامرأة لا نعرفها عليه الحد كما لا يجب عليه إذا اختلفوا في طواعيتها بأن قال اثنان أنه زنى بفلانة وأكرهها وقال آخران إنها طاوعته أو في البلد بأن قال بعضهم إنه زنى بها بالكوفة وبعضهم قال زنى بها بالبصرة وإن تم في كل زنا أربعة أما الأول وهو ما إذا أقر أنه زنى بمجهولة فلانة لو كانت امرأته أو أمته لعرفها ولأنه لا يخفى عليه امرأته ولا أمته فإن قيل قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تزف إليه قلنا الإنسان لا يقر على نفسه كذبا ولا حال الاشتباه فلما أقر انتفى كون الموطوءة امرأته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن تكون أمته بجهة من الجهات كالإرث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكاته أو مملوكات آبائه ولأن ذلك يؤدي إلى استداد باب إقامة الحدود ولأن ذلك يحتمل في المعروفة أيضا كما يحتمل في المجهولة وأما الثاني وهو ما إذا شهد الشهود عليه بذلك فإنه إنما لا يحد ولأنه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر ولأن المسلم لم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوءة أن يكون زنا بخلاف ما إذا لم يعرفها الزاني وأما إذا اختلفوا في طوع المرأة فلأنه زنئان مختلفان ولم يكمل في كل واحد منهما نصاب لأن زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا تحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لأن الشهود اتفقوا عليه بأنه زنى وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهو الإكراه وجوابه ما ذكرنا ولأن الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل واحد منهما نصاب الشهادة ولأن شاهدي ،لطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين فيه ولا شهادة للخصم وإنما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ولأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فإن من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الأربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذا شهادة على سقوط إحصانها وسقوط الإحصان يثبت بشهادة الإحصان ذكره في الكافي وهذا التخريج يستقيم على قولهما وأما على قول أبي

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/١٨٠

حنيفة رحمه الله فاتفاق الشهود الأربعة على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا على ما نبين من قريب وفائدة اختلاف الطريق تظهر فيما إذا شهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه أكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على الثلاثة ولأنهم قذفة ولم يسقط إحصانها بشهادة الفرد وأما إذا اختلفوا في البلد فإن لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة واثنان أنه زنى بها بالبصرة فلا إشكال في أنه لا يجب عليهما الحد لأن المشهود به مختلف لأن الفعل يختلف باختلاف الأماكن ولم يتم في كل واحد منهما نصاب فلم يثبت فلم يحدا ولا يحد

". (١)

" الاستبراء بالقبض بحكم الشراء ، وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح ، وقال ظهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ، ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه ، ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ، ويقبضها ثم يطلقها الزوج لأنه عند وجود السبب ، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء ، وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة ، وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والأصل فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض ، وفيه بعض الحرج لأنهما يمتدان ، وقد صح أنه ﴿ عليه الصلاة والسلام كان يقبل ، وهو صائم ، ويضاجع نساءه ، وهن حيض ﴾ (فصل في الاستبراء وغيره) قال رحمه الله (من ملك أمة حرم عليه وطؤها ، ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ﴿ ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ﴾ هذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في هذه الصورة ، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة

(١) تبيين الحقائق، ١٨٩/٣

عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك ، وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم لأنه عند الاشتباه لا يدعى الولد فيهلك معنى إذ من لا نسب له هالك معنى أو لعدم من يربيه ، ويثقفه ، ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة في الحقيقة هو إرادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها ، وهو التمكن من الوطء والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد ، وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ، ومن المرأة والمملوك ، وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء ، وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب ، وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لأن الحكمة ، وهي فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ، ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها أثنائها ، ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ، ولا بالولادة التي حصلت بعد الأسباب قبل القبض خلافا لأبي يوسف رحمه الله لأن السبب استحداث الملك واليد ، وقبل وجود الاثنين لا يعتد به إذا الحكم لا يسبق سببه ، وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي ، وإن كانت في يد المشتري ، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا لما بينا ، ويجب إذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لأن السبب قد تم في ذلك الوقت . والحكم يضاف إلى تمام العلة ، وهو آخر الأوصاف ، ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها ، وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو مقتض للحل والحرمة لمانع ، ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما . ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء ، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول على البائع الاستبراء لأنها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع ، وقال لا يجب ، وهو قولهما لأن الإقالة فسخ من الأصل فصار كأن لم يكن ، ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد فإن لم يكن على العبد دين يجتزأ بتلك الحيضة لأنها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء ، وإن كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما ، وعند أبي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة ، وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه ، وقد عرف في موضعه ، ولو باع جارية على أنه بالخيار ، وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ، ولو باع أم ولده أو مدبرته ، وقبضها

المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأها ، وإن كان وطئها فعليه الاستبراء ، ولو زوجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض ، والمسألة بحالها فالمختار أنه يجب ، وإذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا لأنه يفضي إلى الوطء أو يحتمل وقوعه في غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأن زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا إلى الوطء ، وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك ، وفي المشتراة يحتمل ذلك ، ويفضي إلى الوطء لأن رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروي عن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية لأنه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا ، وفي ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة ، وإذا حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الأصل دون حصول المقصود بالبدل ، وإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل واقعها ، وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية ، وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة ، وعن محمد أربعة أشهر وعشر ، وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة ، وعن زفر سنتان ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، ولا بأس بالاحتيال في إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله . والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين والمأخوذ به قول أبي يوسف رحمه الله فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك ، ويؤخذ بقول محمد رحمه الله إذا قربها ، والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ، ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية ، وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء لأنه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء ، وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح ، وقال ظهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ، ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه ، ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ، ويقبضها ثم يطلقها الزوج لأنه عند وجود السبب ، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء ، وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة ، وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم

والأصل فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض ، وفيه بعض الحرج لأنهما يمتدان ، وقد صح أنه ﴿ عليه الصلاة والسلام كان يقبل ، وهو صائم ، ويضاجع نساءه ، وهن حيض ﴾ (فصل في الاستبراء وغيره) قال رحمه الله (من ملك أمة حرم عليه وطؤها ، ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ﴿ ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ﴾ هذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في هذه الصورة ، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك ، وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم لأنه عند الاشتباه لا يدعى الولد فيهلك معنى إذ من لا نسب له هالك معنى أو لعدم من يربيه ، ويثقفه ، ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة في الحقيقة هو إرادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها ، وهو التمكن من الوطء والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد ، وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ، ومن المرأة والمملوك ، وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء ، وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب ، وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لأن الحكمة ، وهي فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ، ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها أثنائها ، ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ، ولا بالولادة التي حصلت بعد الأسباب قبل القبض خلافا لأبي يوسف رحمه الله لأن السبب استحداث الملك واليد ، وقبل وجود الاثنين لا يعتد به إذا الحكم لا يسبق سببه ، وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي ، وإن كانت في يد المشتري ، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا لما بينا ، ويجب إذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لأن السبب قد تم في ذلك الوقت . والحكم يضاف إلى تمام العلة ، وهو آخر الأوصاف ، ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها ، وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو مقتض للحل والحرمة لمانع ، ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما . ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء ،

وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول على البائع الاستبراء لأنها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع ، وقال لا يجب ، وهو قولهما لأن الإقالة فسخ من الأصل فصار كأن لم يكن ، ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد فإن لم يكن على العبد دين يجتزأ بتلك الحيضة لأنها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء ، وإن كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما ، وعند أبي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة ، وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه ، وقد عرف في موضعه ، ولو باع جارية على أنه بالخيار ، وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ، ولو باع أم ولده أو مدبرته ، وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأها ، وإن كان وطئها فعليه الاستبراء ، ولو زوجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض ، والمسألة بحالها فالمختار أنه يجب ، وإذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا لأنه يفضي إلى الوطء أو يحتمل وقوعه في غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأن زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا إلى الوطء ، وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك ، وفي المشتراة يحتمل ذلك ، ويفضي إلى الوطء لأن رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروي عن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية لأنه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا ، وفي ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة ، وإذا حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الأصل دون حصول المقصود بالبدل ، وإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل واقعها ، وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية ، وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة ، وعن محمد أربعة أشهر وعشر ، وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة ، وعن زفر سنتان ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، ولا بأس بالاحتيال في إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله . والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين والمأخوذ به قول أبي يوسف رحمه الله فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك ، ويؤخذ بقول محمد رحمه الله إذا قربها ، والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ، ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية ، وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء لأنه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء ، وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح ، وقال ظهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ،

ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه ، ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ، ويقبضها ثم يطلقها الزوج لأنه عند وجود السبب ، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء ، وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة ، وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والأصل فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض ، وفيه بعض الحرج لأنهما يمتدان ، وقد صح أنه ﴿ عليه الصلاة والسلام كان يقبل ، وهو صائم ، ويضاجع نساءه ، وهن حيض ﴾ قال رحمه الله (له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق) ، ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج إحداهما كان الأحسن لأنهما يحرمان عليه لا إحداهما فحسب ، وإنما حرمتا لأن الجمع بينهما نكاحا أو وطئا لا يجوز لإطلاق قوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ والمراد الجمع بينهما وطئا ، وعقدا لأنه معطوف على المحرمات وطئا ، وعقدا ، ولا يعارض بقوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانكم ﴾ لأن الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال حرمتهما آية ، وأحلتهما آية فتلا الآيتين ثم قال الحكم للمحرم ، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء أو لأن النص مطلق فيتناوله الوطء فصار كأنه وطئهما فعند ذلك تحرمان فكذا هذا ، ومسهما بشهوة أو النظر إلى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرما عليه إلا إذا حرم فرج إحداهما بما ذكر لزوال الجمع بتحريم فرج إحداهما عليه . وتمليك البعض كتمليك الكل ، وكذا إعتاق البعض كإعتاق الكل أما عندهما فظاهر لأنه لا يتجزأ عندهما ، وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ، وإن كان يتجزأ لكنه يحرم به الفرج لأن معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة إحداهما كإعتاقها لأن فرجها يحرم بالكتابة فحصل المقصود وبرهن إحداهما وإجارتها ، وتدبيرها لا تحل الأخرى لأن فرجها لا يحرم بهذه الأسباب ، وقوله حتى يحرم فرج الأخرى بملك أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من إنسان بأي سبب كان من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة ، وكالصلح والخلع والمهر ، وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح أما إذا زوج إحداهما نكاحا فاسدا لا تحل له الأخرى لأن فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد المجرد إلا إذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الأخرى لأن العدة تجب عليها بالدخول

فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا ، ولو وطئ إحداهما دون الأخرى حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز

---

(١) ".

" لأن المولى يستحقه بالولاء إن مات حرا وبالملك إن مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لأن اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلا كما إذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين ، وهو معلوم والحكم أيضا متحد معلوم فلا يفضي اختلاف السبب إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لأن السبب لا يراد لذاته ، وإنما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدرى بأيهما يحكم فلا يثبت الحكم بدون تعين السبب ، وأما الثاني ، وهو ما إذا لم يترك وفاء وله وارث غير المولى فلأنه مات رقيقا لانفساخ الكتابة لموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لأن العتق في البعض لا ينفسخ بموته عاجزا ولأن الاختلاف في أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر فاشتبه المستحق فأورث ذلك شبهة كالمكاتب إذا قتل عن وفاء ، وقوله أو لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقا ، فإنه إذا لم يكن له وارث أيضا الحكم كذلك لموته رقيقا ، أو ذكر ذلك لينبه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسألة الأولى قال رحمه الله (وإن ترك وفاء ووارثا لا) أي لا يقتص ، وهذا بالإجماع ، وإن اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له حق لأنه إن مات حرا كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص للوارث ، وإن مات عبدا كما قال زيد بن ثابت فالقصاص للمولى قال رحمه الله (وإن قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لأن المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه لما فيه من إبطال حق المرتهن في الدين لأنه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن أن يتصرف تصرفا فيؤدي إلى بطلان حق الغير وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الإسلام أنه لا يثبت لهما القصاص ، وإن اجتمعا فجعلاه كالمكاتب الذي ترك وفاء ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لا يستحق القصاص لأنه لا ملك له ولا ولاء فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا ، وإن

---

(١) تبيين الحقائق، ٦/٢٤

قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري إن أجاز البيع لأنه المالك ، وإن نقض فللبائع لأن البيع ارتفع وظهر أنه المالك ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كذلك إن أجاز البيع لما بينا . وإن فسخ فلا قصاص للبائع لعدم ملكه عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة ، وعند محمد رحمه الله تجب القيمة في الوجهين **لاشتباه** المستحق قال رحمه الله (ولأبي المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه) أي إذا قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل قصاصا وله أن يصالح على مال ، وليس له أن يعفو ، أما القتل فلأن القصاص شرع للتشفي ودرك الثأر وكل ذلك راجع إلى النفس ولأبيه ولاية على نفسه فيليه كالإنكاح بخلاف الأخ وأمثاله حيث لا يكون لهم

---

(١) ".

" العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر لأن ملك كل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين فيه فلا ينفرد أحدهما فيه دون الآخر لما فيه من إبطال حق الآخر فيقتل باجتماعهما للرضا ببطلان حقه ، وأما في الثاني وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه أيضا لأن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع **الشبهة** أو فيما يحتاط فيه فصار كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية ، وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما إذا أقر لرجل بألف درهم من القرض ، وقال المقر له من ثمن مبيع فإنه يقضى له عليه بالألف وإن اختلف السبب لأن الأموال تثبت **بالشبهة** فلا يبالى باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضى له معلوم والحكم متحد فأمكن الإيجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسألة الإقراض بخلاف الفصل الأول لأن المقضى له مجهول وبخلاف مسألة الجارية لأن الحكم مختلف إذ ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لأن النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا ، وقد لا يثبت الحل أصلا ولأن ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بإنكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه إذ لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لأن السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله

---

(١) تبيين الحقائق، ١٠٧/٦

ولا ما يحتمل الإبطال فأمكن استيفاؤه والإعتاق لا يقطع السراية لذاته ، بل لاشتباه من له الحق وذلك إذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الطرف أو في القتل خطأ لأن العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد لحريته حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح ، وأما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه إذا لم يكن له وارث سوى المولى لأنه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق فحاصله أنهم أجمعوا في الخطأ وفي العمد فيما إذا كان له وارث آخر أن الإعتاق يقطع السراية فلا يجب إلا أرش القطع وما ينقص بذلك إلى الإعتاق وتسقط الدية والقصاص ، وكذا في القطع إذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقصه إلى الإعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الإعتاق بالإجماع فعلم بذلك أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه إلى الإعتاق ولا تجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الإعتاق . قال رحمه الله (قال أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فأرشهما للسيد) يعني إذا قال لعبديه أحدكما حر ، ثم شجا فبين العتق في أحدهما بعد ذلك الشج فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادق المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ، ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر إظهارا محضا ، فإذا قتلهما رجل واحد معا وأحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد ، فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الأولوية وإن اختلفت قيمتها يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الأول بخلاف ما إذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للأول لمولاه والدية للثاني لورثته لتعينه للعتق بعد موت الأول وبخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل معا حيث تجب قيمة المملوكين لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدته وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة

". (١)

(١) تبيين الحقائق، ١٦٣/٦

" ﴿ باب فى جناية العبد والمكاتب ﴾

قوله : فهو مختار للفداء لأنه بهذا الكلام أعتقه بعد الجناية وهو عالم به

قوله : فلا قصاص فيه لاشتباه الولي ولا يرتفع الاشتباه بالاجتماع لأنه لا يمكن القضاء للمجهول

قوله : فلا قصاص فى ذلك لأنه اشتبه سبب الحق فألحق باشتباه الولي وصار كما لو كان القتل خطأ والمسألة بحالها لا يجب قيمة النفس وإنما يجب أرش اليد وما نقصه القطع إلى أن أعتقه كذلك ههنا ولهما أن المستوفي معلوم وهو المولى وجهالة السبب لا يمنع لأنه لا يفضي إلى المنازعة بخلاف ما إذا كان القطع خطأ لأن العتق يمنع سراية الجناية إذا كانت خطأ لتبدل المستحق حال ابتداء جناية المولى وحالة السراية العبد وتبدل المستحق يمنع السراية أما إذا كان عمدا فالعتق لا يمنع السراية لأن المستحق فى الحالين هو العبد لأنه في استحقاق القصاص يبقى على أصل الحرية وإنما يستوفى المولى بطريقة النيابة ونظيره ما ذكر بعد هذا أن المكاتب إذا قتل من وفاء إن كان له ورثة آخر فلا قصاص فيه وإن لم يكن إلا المولى فعلى الاختلاف وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار اقتص منه المولى بالإجماع

قوله : فإنه يباع الولد إلخ لأن الدين وصف حكمي تعلق برقبتها فيسري إلى ولدها

قوله : لم يدفع إلخ لأن وجوب الدفع الذي هو حكم شرعي يلزم المولي فيكون وصفا له دونها فلا يسري إلى ولدها

قوله : بيع فيها وقال أبو يوسف أولا وهو قول زفر : يباع في المسئلتين جميعا وقد مرت المسئلة في كتاب المكاتب من هذا الكتاب

قوله : فلا شئ عليه لأن المقر بالعتق ادعى موجب الجناية على عاقلته وهم ينكرون ذلك

قوله : فأرشهما للمولى لأن العتق في العين نزل مقصودا على الحال

قوله : قول العهد لأنه ينكر وجوب الضمان حيث نسبه إلى حالة معهودة فكان القول قوله

قوله : وقال محمد هو يقول : إن المولى لما أضاف الفعل إلى حالة معهودة تنافي الضمان كان منكرا للضمان فكان القول قوله كما في الوطيء والغلة بخلاف القائم في يده بعينه لأنه يدعي التملك عليها وهي تنكر فالقول قولها وهما يقولان : إنه ما أضاف فعله إلى حالة تنافي الضمان لأن قطع المولى يد أمته وهي مديونة يوجب الضمان ولا كذلك الوطيء وأخذ الغلة لأنهما لا يوجبان الضمان وإن كانت مديونة

قوله : فالعبد صلح بالجناية أي يملكه بالجناية لأنه لما أقدم على العتق فقد قصد تصحيحه ولا صحة له إلا أن يجعله دفعا عن القطع وما يحدث منه

قوله : أمر برده على المولى لأن الدفع تسليم الواجب وبالسراية بطل التسليم أيضا فلا يبقى شبهة

قوله : وكذلك إن أمر عبدا إلخ لأنهما يؤخذان بأفعالهما دون أقوالهما إلا أن الصبى لا يؤاخذ أبدا والعبد المأمور يؤاخذ بعد العتق لأن قوله فى حقه معتبر

قوله : فعليه قيمتان قيمة لأولياء الجناية وقيمة لصاحب الدين لأنه أتلف حقين : حق البيع للغرماء وحق الدفع للأولياء وتوفير الحقين كان ممكنا بدفع المولى إلى ولي الجناية ثم يأخذ الغرماء من يد ولي الجناية فإذا أتلفهما ضمن لكل منهما

قوله : فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين إلخ لأن بالعفو بطل القصاص كله وانقلب نصيب الآخرين مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وسقط نصف الكل

قوله : فداه بخمسة عشر ألفا إلخ لأن حق الآخر لما انقلب مالا صار حقه في نصف الدية

قوله : وقال أبو يوسف ومحمد : يدفع إلخ وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبى حنيفة وذكر في الزيادات أن عبدا لو قتل مولاه عمدا وله وليان فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة ومحمد ولم يختلف الرواية فيه وقال أبو يوسف في هذه المسئلة مثل قوله في الكتاب وذكر في أكثر نسخ الكتاب قول محمد مع أبي يوسف لهما أن نصيب الذي لم يعف لما انقلب مالا لعفو صاحبه صار نصفه في ملك صاحبه فما أصاب ملك نفسه سقط وما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وله أن القصاص واجب لكل واحد منهما في النصف من غير تعين فإذا انقلب مالا احتمل بطلان الكل وهو أن يعتبر بتعلقه بنصيب الآخر واحتمل أن يعتبر متعلقا بنصيب نفسه واحتملا التنصيف بأن يعتبر شائعا فلا يجب المال بالشك

قوله : بالغة ما بلغت لأن الضمان بدل المالية فيجب بحبسها كما فى الغصب حيث يجب قيمة المغصوب بالغة ما بلغت ولأبي حنيفة ومحمد أنه (تعالى) أوجب الدية مطلقا بقوله : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية فيجب اعتبارها ولا يجوز الزيادة عليها ولما كانت قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم نقصنا منها فى العبد بعشرة إظهارا لانحطاط مرتبته وهو مروي عن عبد الله بن مسعود حيث قال : لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم رواه القدوري في شرح مختصر الكرخي وروى عبد الرزاق مثله عن إبراهيم النخعي والشعبي بخلاف قليل القيمة فإنه لا أثر فيه فقدرنا بقيمته ". (١)

---

(١) النافع الكبير، ص/٥٠٦

"إليه جناية الافطار وجناية الاصرار وإيجاب الكفارة لادنى الجنايتين لا يصلح للاعلى.هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن في الافطار شبهة.فأما إذا كان فيه شبهة، فلا يجب، فإن المسافر إذا صام في رمضان ثم جامع متعمدا لا يلزمه الكفارة، لان فيه شبهة الاباحة لقيام السببالمبيح صورة، وهو السفر.وكذلك إذا تسحر على ظن أن الفجر لم يطلع فإذا هو طالع، أو أفطر على ظن أن الشمس قد غربت، فإذا هي لم تغرب، لا تجب الكفارة، لانه خاطئ، وإلا ثم عنه مرفوع بالنص.وكل من أكل أو شرب أو جامع، ناسيا، أو ذرعه القئ، فظن أن ذلك يفطره، فأكل بعد ذلك متعمدا، لا كفارة عليه، لان هذا شبهة في موضع الاشتباه لوجود المضاد للصوم، قال محمد: إلا إذا بلغ الخبر أن أكل الناس والقئ لا يفسدان الصوم، فتجب عليه الكفارة، لان الظن، في غير موضع الشبهة، لا يعتبر.فأما إذا احتجم، فظن أن ذلك يفطره ثم أفطر متعمدا: إن استفتى فقيها فأفتى بالافطار، ثم أفطر متعمدا لا كفارة عليه، لان العامي يجب عليه تقليد العالم، فيصير ذلك شبهة.ولو بلغه الحديث أفطر الحاجم والمحجوم: روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا كفارة عليه، لانه اعتمد على الحديث، وهو حجة في الاصل.وروي عن أبي يوسف أنه تجب عليه الكفارة، لان العامي يجب عليه الاستفتاء من المفتي، دون العمل بظاهر الحديث، لانه قد يكون متروك الظاهر وقد يكون منسوخا فلا يصير شبهة.." (١)

"الاخرى، فنكاح الاولى جائز، ونكاح الثانية باطل، ولو تزوجهما معا، بطل نكاحهما، لان الجمع حصل بهما، فيجب على كل واحد منهما أن يعتزل عن صاحبه ويترك النكاح، ولو علم القاضي بذلك يفرق بينهما.وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ولا عدة عليها، وإن كان بعد الدخول يجب مهر المثل مقدرا بالمسمى، ولا يجب الحد، وإن قال الزوج: علمت أنها علي حرام، ولا يدعي شبهة الاشتباه، لان شبهة النكاح قائم، ولو وطئها مرارا قبل التفريق والمتاركة، لا يجب إلا مهر واحد، لان العقد الفاسد منعقد من وجه.ولو وطئها بعد المتاركة مرة أخرى: لا يجب مهر آخر، ويجب الحد، لان هذا زنا.ولو تزوج أخت جاريته التي وطئها، أو أخت أم ولده: جاز النكاح، ولكن لا يطأها، ما لم يحرم عليه وطئ إحداهما، بأن زوج أم ولده من إنسان، أو زوج الامة، أو باعها، لانه لا فراش للامة عندنا، خلافا للشافعي، وفراش أم الولد ضعيف ينتفي بمجرد النفي، ولايحتاج إلى اللعان.فأما إذا تزوج أخت امرأة تعتد منه: فلا يجوز عندنا، سواء كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا أو ثلاثا، أو بالمحرمية الطارئة، وسواء كانت العدة عن النكاح، أو عن الوطئ بالشبهة.وقال الشافعي: يجوز، إلا في الطلاق الرجعي، لان النكاح قائم من وجه عندنا، في حالة

(١) تحفة الفقهاء، ١/٣٦٣

العدة، والثابت من وجه، في باب التحريم، كالثابت من كل وجه.وكذلك: لا يجوز له أن يتزوج أربعا أخرى سواها، عندنا خلافا له.." (١)

"أما الزنا فهو: الوطئ الحرام الخالي عن حقيقة الملك، وحقيقة النكاح وعن شبهة الملك وعن شبهة النكاح وعن شبهة الاشتباه أيضا.أما الوطئ ففعل معلوم، وهو إيلاج فرج الرجل في فرج المرأة.وإنما شرطنا كونه حراما فإن وطئ المجنون ووطئ الصبي العاقل لايكون زنا لان فعلهما لا يوصف بالحرمة.وكذلك الوطئ في الملك والنكاح، وإن كان حراما، لا يكون زنا كوطئ الحائض، والنفاس، ووطئ الجارية المجوسية والاخت من الرضاع والجارية المشتركة ونحوه.وقوله الخالي عن شبهة الملك، فإن وطئ جارية ابنه، وجارية مكاتبه، وجارية عبده المأذون المديون، والجارية من المغنم في دار الحرب، أو بعد الاحراز قبل القسمة، فليس بزنا، فإن شبهة الملك، وهو الملك من وجه، ثابت في هذه المواضع حتى لا يجب الحد، وإن قال علمت أنها علي حرام.وقولنا عن شبهة العقد: فإن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة تزوجت بغير إذن مولاها أو عبد تزوج بغير إذن مولاه لا يكون زنا.وكذا من تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية، أو خمسا في عقد أو جمع بين أختين، أو تزوج من محارمه فوطئها، وقال: علمت أنها علي حرام لا حد عليه عند أبي حنيفة، وعندهما يجب الحد في كل وطئ، حرام على التأبيد، فوجود التزوج فيه لا يوجب شبهة، وما ليس بحرام على التأبيد فالعقد يوجب شبهة كالنكاح بغير شهود ونحوه والمسألة معروفة.وأما شبهة الاشتباه: وهي أنه إذا وطئ فقال ظننت أنها تحل لي." (٢)

"لا يجب الحد.وإذا قال: علمت أنها علي حرام فإنه يحد.وجملة هذا أن دعوى الاشتباه معتبرة في سبعة مواضع: جارية الاب، وجارية الام، وجارية الزوجة، والمطلقة ثلاثا ما دامت فيالعدة، وأم الولد ما دامت تعتد منه، والعبد إذا وطئ جارية مولاه، والجارية المرهونة في رواية كتاب الرهن.وفي أربعة مواضع لا يحد، وإن قال علمت أنها علي حرام جارية الابن وإن سفل، والجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل القبض، والجارية المتزوج عليها إذا كانت في يد الزوج والمطلقة طلاقا بائنا والجارية بين الشريكين.وفيما سوى ما ذكرنا يجب الحد، ولا يعتبر شبهة الاشتباه.ومن وجد على فراشه، أو في بيته، امرأة.فوطئها، وقال: ظننت أنها جاريتي أو امرأتي يحد لانه لا يحل له الوطئ مع الاشتباه فأما الاعمى إذا وجد على فراشه امرأة، فوطئها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف.وقال زفر: لا يجب عليه الحد، كما في المرأة المزفوفة إلى بيت

---

(١) تحفة الفقهاء، ٢/١٢٦

(٢) تحفة الفقهاء، ٣/١٣٨

زوجها.وقال محمد: إذا دعا الزوج الاعمى امرأته، فأجابته امرأة فقالت: أنا فلانة امرأتك فوطئها، لا حد عليه فأما إذا أجابته ولم تقل أنا فلانة يجب الحد لانه في وسعه أن يتحفظ أكثر من هذا فلا يصير شبهة فيجب الحد.وأما شرائط وجوب الرجم: فأن يكونا محصنين.والاحصان: عندنا عبارة عن استجماع سبعة اشياء: البلوغ، والعقل، والاسلام، والحرية، والنكاح الصحيح، والدخول على وجه يوجب الغسل، من غير إنزال وهما على صفة الاحصان.." (١)

"فافهم.قوله: (وفي الملتقى الخ) قال في الجوهرة: ولو اشترك رجلان في قتل إنسان أحدهما يجب عليه القصاص لو انفرد والآخر لا يجب عليه القصاص كالاجنبي والاب والخاطئ والعامد، أو أحدهما بالسيف والآخر بالعصا فإنه لا يجب عليهما القصاص وتجب الدية، والذي لا يجب عليه القصاص لو انفرد تجب الدية على عاقلته كالخاطئ، والذي يجب عليه القصاص لو انفرد تجب الدية في ماله، وهذا في غير شريك الاب، فأما الاب والاجنبي إذا اشتركا تجب الدية في مالهما، لان الاب لو انفرد تجب الدية في ماله اه.وسيأتي تمامه آخر الباب الآتي.قوله: (لا سيد بعبده الخ) لان عبده ماله، فلا يستحق المطالبة على نفسه، والمدبر مملوك، والمكاتب رقيق ما بقي عليه درهم، وعبد ولده في حكم ملكه لحديث: أنت ومالك لابيك لكن عليه الكفارة في الكل كما في الجوهرة.قوله: (هذا) أي قوله: وعبد ولده وأراد به بيان العلة.قوله: (كما سيجئ) أي قريبا.قوله: (ولا بعبد الرهن) أي ولايقتل قاتل عبد الرهن حتى يجتمع الراهن والمنرتهن، لان المرتهن لا ملك له فلا يلي القصاص، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الرهن، فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه اه.درر.وفيه أن استيفاء المرتهن قد تم بهلاك الرهن فما الداعي لرضاه بعد سقوط حقه.وأجيب بأن الاستيفاء غير متقرر لاحتمال عدم القود إما بالصلح أو بدعوى الشبهة بالقتل فيصير خطأ اه ط.قوله: (وعليه) أي على قول محمد: يحمل ما في الدرر من أنه لا قود وإن اجتمعا.قوله: (إنه) أي ما في الدرر أقرب إلى الفقه لاشتباه من له الطلب كمكاتب ترك وفاء ووارثا، لكن قال الزيلعي: والفرق بينهما ظاهر، لان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولا ولاء فلم يشبه من له لحق، بخلاف المكاتب كما يأتي.قوله: (بقي لو اختلفا) أي طلب أحدهما القصاص والآخر الدية، وهذا محترز قوله: حتى يجتمع العاقدان.قوله: (فالقود للمؤجر) لانه المالك ولم يبق للمستأجر حق فيه ولا في بدله.قوله: (فإن أجاز المشتري البيع) أي أمضاه على حاله ولم يختر فسخه والرجوع بالثمن على البائع لانه لم يكن موقوفا وإلا لما صحت الاجازة بعد هلاكه.تأمل.قوله: (فالقود له) أي للمشتري لانه المالك.زيلعي.قوله:

---

(١) تحفة الفقهاء، ٣/١٣٩

(وإن رده) أي فسخ البيع ورجع بالثمن.قوله: (فللبائع القود) لان البيع ارتفع وظهر أنه المالك.زيلعي.قوله: (وقيل القيمة) هو قول [صحه] أبي يوسف لانه لم يثبت له القصاص عند الجراحة." (١)

"الزيلعي) حيث قال: بخلاف الاقرار بالمال لانه إقرار على المولى بإبطال حقه قصدا، لان موجبه بيع العبد أو الاستسعاء، وكذا إقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى، ولا يجب على العبد شئ ولا يصح سواء كان محجورا عليه أو مأذونا له في التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا اه.قوله: (يعني لا في حقه الخ) الاولى حذف لا في الموضعين ط.قوله: (معللا) أي الزيلعي لا صاحب الاشباه فإنه لم يذكر تعليلا.لانه قال: وكذا إقراره بجناية موجبة للدفع أو الفداء غير صحيح بخلافه بحد أو قود اه.اللهم إلا أن يقال: وصفه الجناية بقوله: (موجبه الخ) في معنى التعليل.قوله: (فتأمله) يشير إلى أن ما فهمه المصنف من كلام الزيلعي غير ظاهر، لان مفاد التعليل بطلان الاقرار بطلان الاقرار في حالة الرقية، إذ لا يتأتى إلزام المولى بالدفع أو الفداء بعد العتق، فيطالب به العبد إذا عتق لعدم وجود العلة، فافهم.ويدل على ذلك تعليل الزيلعي أيضا لبطلان الاقرار بالمال بأنه إقرار على المولى ولا يكون ذلك بعد العتق.ولا شبهة أن إقرار العبد المحجور بالمال مؤخر إلى ما بعدالعتق، إذ لا ضرر بالمولى بعده، ولذا قال العلامة الرملي: إن ما في الجوهرة هو محمل كلام الزيلعي والاشباه بلا اشتباه اه.قلت: لكن سيذكر الشارح في باب جناية الملوك نقلا عن البدائع أن الخطأ إنما يثبت بالبينة وإقرار المولى لا بإقراره أصلا، وقدمنا في كتاب الحجر عن الجوهرة قولين في المسألة، ويأتي تمام بيانه إن شاء الله تعالى فتنبه.قوله: (لكن علله القهستاني الخ) أي علل عدم جواز إقراره العبد بالخطأ، والمراد بالعاقلة المولى لانهم يطلقون عليه أنه عاقلة عبده، وحيث أطلق عليه عاقلة فلا يصح إقرار العبد عليه، ثم إن كلام القهستاني لا يفيد أن العبد لا يؤخذ بذلك بعد عتقه، خلافا لما أفاده كلام الزيلعي بناء على ما فهمه المصنف من أن إقراره باطل أصلا، وبه ظهر وجه الاستدراك، فافهم.قوله: (فتدبره) أي فإنه تعليل صحيح موافق للحديث المجمع على العمل بمقتضاه، فإن العواقل إذا كانت لا تعقل عبدا ولا اعترافا لم يجز إقرار العبد هنا ما لم يصدقه المولى، إذ لو جاز إقراره لزم عقل العبد والاعتراف، وهذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل، فتأمل.وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب المعاقل بيان معنى الحديث.قوله: (لانه خطأ) لانه لم يقصده بالرمي حيث قصد غيره ولكنه أصابه بالنفاذ من الاول، وهو أحد نوعي الخطأ وهو الخطأ في القصد، فصار كمن قصد صيدا

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/١٠٠

فأصاب آدميا فوجبت الدية على عاقلته، إتقاني.ومفاده أنه لو قصدهما معا كان الثاني عمدا أيضا، وهو ظاهر.قوله: (بحضرة." [١]

"قطع استأنف إلى غير تلك الجهة فلا يعيد

قوله (باستصحاب الحال) هو الفساد لترك التحري عند **الاشتباه**

قوله (ولم يرتفع بدليل) بخلاف ما إذا تبين صوابه كما سبق

قوله (لم يحصل حقيقة) وهو استقباله يقينا

قوله (ولا حكما) أي بالتحري والحاصل أنه أما ان لا يشك ولا يتحرى وجوابه ان صلاته على الجواز ما لم يتبين له الخطأ وأما أن يشك ولا يتحرى وهي على الثلاثة أوجه التي ذكرها المصنف وإما أن يشك ويتحرى وهو أصل المسألة

قوله (لا تجزيه) وعن أبي حنيفة يخشى عليه الكفر ولا يكفر وفي الظهيرية ومن صلى إلى غير جهة الكعبة لا يكفر هو الصحيح لأن ترك جهة الكعبة جائز في الجملة بخلاف الصلاة بغير طهارة لعدم الجواز مع عدمها بحال واختاره الصدر الشهيد وفيه أنه يجوز لفاقد الطهورين الصلاة مع عدمها

فرع إذا تحرى ولم يقع تحريه على شيء فقيل يؤخر وقيل يخير وقيل يصلي إلى الجهات الأربع وهو الأحوط كما في الفتح ومع هذا لو صلى إلى جهة واحدة جاز وإن أخطأ فيه كما في الظهيرية

قوله (خلافا لأبي يوسف) هو غير ظاهر الرواية عنه كما في القهستاني

قوله (وعلى هذا) أي على ما تقدم من أنه لا عبرة للإصابة إذا صلى إلى غير جهة تحريه أو على هذا الخلاف

قوله (وهو فساد فعله ابتداء) الذي في الشرح وهو أن لا يحكم بفساد فعله ابتداء لأنه حينئذ لا تكون نيته صحيحة لعدم الجزم اه وهو المناسب

قوله (والنية) أي نية الطهارة فيه أن النية وجودها لا يشترط والذي في الشرح وفي الماء الذي عدل إليه وجد الجزم بالنية والطهارة حقيقة فصحت

قوله (وجهلوا حال إمامهم) أما من علم حال إمامه لم تجز صلاته لأنه اعتقد أن إمامه على الخطأ وهذا لا يشترط في الصلاة في جوف الكعبة فالصلاة صحيحة مع علم حال الإمام لعدم الخطأ لأن الكل قبلة

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/١٢٦

قوله (كما في جوف الكعبة) فإن التقدم فيه مضر

قوله (لما قدمناه) من حديث عامر وهو علة لقوله تجزيهم

فصل في بيان واجب الصلاة قوله (يجيء بمعنى اللزوم) لو قال بمعنى اللازم والساقط والمضطرب أو قال في الأول الوجوب يجيء بمعنى اللزوم الخ لكان أنسب

قوله (وفي الشرع إسم لما لزمنا) روى عن الإمام انه قال ما معناه الفرق بين الواجب والفرض كما بين السماء والأرض والبعض يطلق عليه اسم السنة حتى يعبرون في محل بالسنية ثم يعبرون فيه بالوجوب أفاده صاحب البحر

قوله (بدليل فيه شبهة) اعلم أن الأدلة السمعية أنواع أربعة قطعي الثبوت والدلالة كالنصوص المتواترة أي المحكمة وقطعي الثبوت ظني الدلالة كالآيات المؤولة وظني الثبوت قطعي الدلالة كإخبار الآحاد التي مفهومها قطعي وظني الثبوت والدلالة كإخبار الآحاد التي مفهومها ظني فبالأول يثبت الفرض أي والحرام وبالثاني والثالث يثبت الوجوب أي وكراهة التحريم وبالرابع يثبت السنة والاستحباب أي وكراهة التنزيه ليكون ثبوت الحكم بقدر دليله كذا في الكشف اه من الشرح مزيدا

قوله (لكونه ساقطا عنا علما) أي لا يجب علينا إعتقاد وجوبه

قوله (أو لكونه ساقطا علينا عملا) لو قال أو لكونه لازما علينا عملا لكان أولى ليكون تنبيها على المعنى الأول وهو اللزوم صريحا وإن كان ما ذكره يفيده بقرينة على

قوله (أو لكونه مضطربا) أي مترددا

قوله (وشرعت الواجبات لاكمال الفرائض) فان القراءة فرض وكونها بالفاتحة والسورة مثلا متمم لذلك

". (١)

"أم رأسه وهي الجلدة التي هي مجمع الرأس وقيل للشجة آمة على معنى ذات أم كعيشة راضية نهر

قوله (ووصل) أي حقيقة أما إذا شك في الوصول وعدمه فإن كان الدواء رطبا فعند الإمام يفطر للوصول عادة وقالا لا لعدم العلم به فلا يفطر بالشك بخلاف ما إذا كان الدواء يابسا فلا فطر اتفاقا فتح

---

(١) حاشية الطحطاوي على المراقي، ص/١٦٤

قوله (أو دماغه) أي وإذا وصل دماغه وصل جوفه لأن التحقيق أن بين جوف الرأس وجوف المعدة منفدا أصليا فمتى وصل إلى جوف الرأس يصل إلى جوف البطن

قوله (أو دخل حلقه مطر الخ) أما نحو الغبار فقال في الهندية لو دخل حلقه غبار الطاحونة أو طعم الأدوية أو غبار العدس وأشباهه أو الدخان أو ما سطع من غبار التراب بالريح أو بحوافر الدواب وأشباه ذلك لم يفطر ا هـ

قوله (ولم يبتلعه بصنعه) أما إذا ابتلعه بصنعه وجبت الكفارة وقد مر

قوله (والمرفوع في الخطا الإثم) أشار به إلى الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ أو النسيان وما استكرهوا عليه فإن ظاهره يقتضي عدم الإفطار بالخطأ وأجيب بأن الرفع في الحديث متوجه على الإثم لا على رفع الصورة المتحققة حسا ولا على رفع الحكم بالإفطار

قوله (من زوجته) من مدخول المبالغة أي ولو كان الإكراه من زوجته كذا تعطيه عبارة الشرح وقد مر

قوله (لا يدل على الطواعية) لوجوده حالة النوم ومن الرضيع كذا في الشرح

قوله (لأنه بعد الفساد) أي لأن الطوع الواقع منها إنما صدر بعد أفساد صومها مكرهة

قوله (خوفا على نفسها) أي خوفا ارتقى إلى غلبة الظن وليس المراد مجرد التوهم

قوله (أمة كانت أو منكوحة) وللأمة أن تمتنع من الائتمار بأمر المولى إذا كان يعجزها عن أداء الفرائض لأنها مبقاة على أصل الحرية في حق الفرائض ا هـ من الشرح وإذا علم الحكم في الأمة يعلم الحكم في الحرة بالأولى

قوله (أو صب أحد في جوفه ماء وهو نائم) إنما ذكرت لدفع توهم أن النائم كالناسي ولا إفطار فيه

قوله (وليس كالناسي) أي وليس النائم كالناسي في الحكم حتى لا يفطر لأن الناسي للتسمية تحل ذبيحته لأن الشارع نزله منزلة الذاكر بخلاف المجنون والنائم أي وحيث ثبت فرق بينهما في بعض الأحكام فلا يجري حكم أحدهما على الآخر إلا بدليل ولم يوجد

قوله (أو أكل) أي أو شرب منح

قوله (لقيام الشبهة) تعليل لسقوط الكفارة المعلوم من المقام

قوله (نظرا) أي بالنظر وهو تعليل لقوله قيام

قوله (بأكله ناسيا) متعلق بقوله فطره أي أن **الاشتباه** استند إلى القياس أي دليل القياس لأن القياس فطره بأكله ناسيا والنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم فليتم صومه مخالف للقياس فوجدت **الشبهة** الشرعية بالنظر للقياس فالقياس نفي صفة الصوم فلم يبق الصوم حتى يفسد بالإفطار

قوله (ولم تنتف **الشبهة**) دخول على قوله ولو علم الخبر أي لا تلزمه الكفارة ولا تكون **الشبهة** زائلة بعلمه الخبر

قوله (وهو القضاء) أي العمل الذي وجب بالخبر القضاء لأنه أمر بالإتمام فإذا لم يتم وجب القضاء أي ولو كان متواترا أو مشهورا لأوجب العلم والعمل فكان يفترض على المكلف اعتقاد عدم فطره ويجب إتمام الصوم ولو أوجب العلم لانتفت **الشبهة** ولزمت الكفارة

قوله (في ظاهر الرواية) وفي رواية تجب الكفارة كما في الفتح ا هـ من الشرح

قوله (ثم جامع عامدا) سواء ظن أن جماعه الأول يفطره أم لا على المعتمد

قوله (لما ذكرناه) أي من قيام **الشبهة** نظرا إلى فطره قياسا الخ والعلة لإسقاط الكفارة

قوله (وشرب وجامع) الواو فيهما بمعنى أو

قوله (**لشبهة** عدم صيامه) فكأنه

---

(١) ".

"لان النائم أو ذاهب العقل لم تؤكل ذبيحته وتؤكل ذبيحة من نسي التسمية.بحر عن الخانية.قال الرحمتي ومعناه: أن النسيان اعتبر عذرا في ترك التسمية، بخلاف النوم والجنون، فكذا يعتبر عذرا في تناول المفطر، لان النسيان غير نادر الوقوع، وأما الذبح وتناول المفطر في حال النوم والجنونفنادر فلم يلحق بالنسيان.قوله: (أو تسحر أو جامع الخ) أفاد أن الجماع قد يكون خطأ، وبه صرح في السراج فقال: ولو جامع على ظن أنه بليل ثم علم أنه بعد الفجر فنزع من ساعته فصومه فاسد لانه مخطئ، ولا كفارة عليه لعدم قصد الافساد اه.وبه يستغنى عن التكلف بتصوير الخطأ في الجماع بما إذا باشرها مباشرة فاحشة فتوارث حشفته.أفاده في النهر فافهم.ومسألة التسحر ستأتي مفصلة.قوله: (أو أوجر مكرها) أي صب في حلقه شئ والايجار غير قيد، فلو أسقط قوله أوجر وأبقى قول المتن: أو مكرها معطوفا على قوله: خطأ لكان أولى، ليشمل ما لو أكل أو شرب بنفسه مكرها فإنه يفسد صومه، خلافا لزفر والشافعي، كما في

---

(١) حاشية الطحطاوي على المراقي، ص/٤٤٥

البدائع، وليشمل الافطار بالاكراه على الجماع.قال في الفتح: واعلم أن أبا حنيفة كان يقول أولا في المكره على الجماع: عليه القضاء والكفارة، لانه لا يكون إلا بانتشار الآلة، ذلك أمارة الاختيار ثم رجع وقال: لا كفارة عليه، وهو قولهما لان فساد الصوم يتحقق بالايلاج وهو مكره فيه، مع أنه ليس كل من انتشرت آلته يجامع اه: أي مثل الصغير والنائم.قوله: (أو نائما) هو في حكم المكره كما في الفتح وسيأتي ما لو جومعت نائمة أو مجنونة.قوله: (وأما حديث الخ) وهو قوله (ص): رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وهذا جواب عن استدلال الشافعي على أنه لا يفطر لو كان مخطئا أو مكرها، لان التقدير رفع حكم الخطأ الخ، لان نفس الخطأ لم يرفعه.والحكم نوعان: دنيوي وهو الفساد، وأخروي وهو الاثم فيتناولهما.والجواب: أنه حيث قدر الحكم لتصحيح الكلام كان ذلك مقتضى بالفتح وهو لا عموم له، والاثم مراد من الحكم بالاجماع فلا تصح إرادة الآخر، وإنما لم تفسد صوم الناسي مع أن القياس أيضا الفساد لوصول المفطر إلى الجوف لقوله (ص): من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه وتمام تقريره في المطولات.قوله: (جائزة) أي عقلا كما في شرح التحرير.قوله: فأكل عمدا وكذا لو جامع عمدا كما في نور الايضاح، فالمراد بالاكل الافطار.قوله: (للشبهة) علة للكل.قال في البحر: وإنما لم تجب الكفارة بإفطاره عمدا بعد أكله أو شربه جماعه ناسيا لانه ظن في موضع الاشتباه بالنظير، وهو الاكل عمدا، لان الاكل مضاد للصوم ساهيا أو عامدا فأورث شبهة، وكذا فيه شبهة اختلاف العلماء، فإن مالكا يقول بفساد صوم من أكل ناسيا،وأطلقه فشمل ما لو علم أنه لم يفطره بأن بلغه الحديث أو الفتوى أو لا، وهو قول أبي حنيفة، وهو الصحيح.وكذا لو ذرعه القئ وظن أنه يفطره فأفطر، فلا كفارة عليه لوجود شبهة الاشتباه بالنظير، فإن القئ والاستقاء متشابهان لان مخرجهما من الفم.وكذا لو احتلم للتشابه في قضاء الشهوة وإن علم أن ذلك لا يفطره فعليه الكفارة، لانه لو توجد شبهة الاشتباه ولا شبهة الاختلاف اه.قوله: (إلا." (١)

"بالاشارة أو ببينة كما في البحر وغيره.قوله: (لا بالبرهان) ذكر ابن الشحنة في شرح الوهبانية أنه رآه في نسخته الخانية، وذكر أن المصنف: يعني ابن وهبان خص ذلك بالاخرس.أقول: الذي رأيته في نسختين من الخانية هكذا: ولو أقر الاخرس بالزنا أربع مرات في كتاب كتبه أو إشارة لا يحد، ولو شهد عليه الشهود بالزنا لا تقبل.الاعمى إذا أقر بالزنا فهو بمنزلة البصير في حكم الاقرار اه، فقوله: ولو شهد عليه الشهود الخ، إنما ذكره في الاخرس لا في الاعمى، خلافا لما رآه ابن الشحنة في نسخته فإنه غلط، لقول الفتح والبحر:

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢/٤٤١

بخلاف الاعمى صح إقراره والشهادة عليه، ومثله في التتارخانية عن المضمرات، وبه جزم في شرح الوهبانية للشرنبلالي وشرح الكنز للمقدسي.قوله: (في قبل) متعلق بوطئ.قوله: (أو ماضيا) أدخل به العجوز الشوهاء فإنها وإن لم تكن مشتهاة في الحال لكنها كانت مشتهاة فيما مضى.قوله: (خرج المكره (أي بقيد طائع والدبر بقيد قبل، وهذا بناء على قول الامام من أنه لا حد باللواطة، أما على قولهما من أنه يحد بفعل ذلك في الاجانب فيدخل في الزنا، وسيأتي في الباب الآتي.قوله: (ونحو الصغيرة) هو الميتة والبهيمة ح.وهذا خرج بقيد مشتهاة، والمراد الصغيرة ونحوها، فإقحام لفظ نحو لقصد التعميم كما مر آنفا ونظيره على أحد الاحتمالات قولهم: مثلك لا يبخل.قوله: (خال عن ملكه) أي ملك يمينه وملك نكاحه، وهو صفة لقبل ط.أو صفة لوطئ.قوله: (وشبهته) أي شبهة ملك اليمين وملك النكاح.فالاولى كوطئ جارية مكاتبة أو عبده المأذون المديون، أو جارية المغنم بعد الاحراز بدارنا في حق الغازي.والثانية كتزوج امرأة بلا شهود أو أمة بلا إذن مولاها، أو تزوج العبد بلا إذن مولاه، حموي عن المفتاح ط.قوله: (أي في المحل) ويقال لها شبهة حكمية كوطئ جارية ابنه ط.قوله: (لا في الفعل) وتسمى شبهة اشتباه كوطئ معتدة الثلاث.وحاصله أن شرط كون الوطئ زنا خلوه عن شبهة المحل لانها توجب نفي الحد وإن لم يظنحله، بخلاف شبهة الفعل فإنها لا تنفيه مطلقا، بل إن ظن الحل، أما إن لم يظنه فلا، ولذا خصص الاولى بالارادة مع أنه لو أريد خلوه عما يعم شبهة الفعل بقيد ظن الحل فيها صح أيضا.أفاده السيد أبو السعود.قوله: (في دار الاسلام) مفعول زاد، وهذا القيد يومئ إليه قولهم وأين هو، وكذا قولهم في الباب الآتي: لا حد بالزنا في دار الحرب والبغي.وعليه فكان الاولى أن يقول: في دار العدل، ليخرج دار البغي أيضا، وهذا إذا لم يزن داخل العسكر الذي فيه السلطان أو نائبه المأذون له بإقامة الحد، وإلا فإنه يحد كما سيأتي هناك.قوله: (أو تمكينه) بالرفع عطف على وطئ وأو للتقسيم والتنويع، واسم الاشارة للوطئ ط.قوله: (فقعدت على ذكره) أي واستدخلته بنفسها.قوله: (أو تمكينها) لما كانت المرأة تحد حد الزنا وقد سماها الله تعالى زانية في قوله: * (الزانية والزاني) * (سورة النور: الآية ٢) علم أنها تسمى زانية حقيقة، ولا يلزم من كونها لا تسمى واطئة أنها زانية مجازا، فلذا زاد في التعريف تمكينها حتى يدخل فعلها في المعرف وهو الزنا الموجب للحد، فلو لم يكن تمكينها زنا حقيقة لما احتيج إلى إدخاله في التعريف، وهو أيضا أمارة كونها زانية حقيقة وإن لم." (١)

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/١٦٧

"وقد يقال: إن وطئ البائع في الفاسد قبل التسليم ليس مما نحن فيه، لانه وطئ في حقيقة الملك لا فشبهته، فقوله بعده للاحتراز عما قبله.تأمل.قوله: (ووطئ الشريك الخ) لان ملكه في البعض ثابت فتكون الشبهة فيها أظهر.زيلعي.وهذا إذا لم يكن أعتقها أحد الشريكن، وإلا ففيه تفصيل مذكور في الخانية.قوله: (ووطئ جارية مكاتبه وعبده الخ) لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه، زيلعي، وأما غير المديون فهو على ملك سيده.قوله: (ووطئ جارية من الغنيمة) أي وطئ أحد الغانمين قبل القسمة كما في البحر عن البدائع.قال ح: وسيأتي في كتاب السرقة عن الغاية بحثا: عدم قطع من سرق من المغنم وإن لم يكن حق فيه، لانه مباح الاصل فصار شبهة فكان ينبغي الاطلاق هنا أيضا.تأمل اه.قلت: وفيه أن ما كان مباح الاصل هو ما يوجد في دار الاسلام تافها مباحا كالصيد والحشيش، فهذا لا يقطع به وإن ملك وسرق من حرز، وجارية المغنم ليست كذلك، وإلا لزم أن يقطع بها ولو بعد الاحراز والقسمة، وكذا لو زنى بها.تأمل.قوله: (ووطئ جاريته قبل الاستبراء) هذه من زيادات الفتح.وفيه أن الملك فيها كامل من كل وجه، إلا أنه منع من وطئه لها خوف اشتباه النسب، والكلام في وطئ حرام سقط فيه الحد لشبهة الملك، وهذه فيها حقيقة الملك فكانت كوطئ الزوجة الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة مما منع من وطئها لعارض الاذى أو إفساد العبادة مع قيام الملك، إلا أن يراد بشبهة الملك ملك الوطئ لا ملك الرقبة، فليتأمل.قوله: (والتي فيها خيار للمشتري) أي إذا وطئها البائع واقتصر على ذكر المشتري، لانه يعلم منه ما إذا كان الخيار للبائع بالاولى، لانه لم يحد إذا كان للبائع، لبقاء ملكه، وإن كان للمشتري فلان المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية كما في البحر.أفاده ط.وقد يقال: إن المناسب أن لا يذكر خيار البائع، لان وطأه في حقيقة الملك لا في شبهته نظير ما مر، فكان الاولى ما ذكره الشارح، ويفهم منه ما إذا كان الخيار لهما أو لاجنبي، فافهم.وفي التتارخانية: ولو باع جارية على أنه بالخيار فوطئها المشتري أو كان الخيار للمشتري فوطئها البائع فإنه لا يحد، علم بالحرمة أو لم يعلم.قوله: (والتي هي أخته رضاعا) أي ووطئ أمته التي هي أخته رضاعا.قلت: ومثلها أمته المجوسية والتي تحته أختها لوجود الملك فيهما أيضا مع أن حرمتهم غير مؤبدة.تأمل.قوله: (من لم يحرم به) أي بالمذكور من الردة وما بعدها، أما الردة فقد تقدم في كتاب النكاح أن مشايخ بلخ أفتوا بعدم الفرقة بردتها، وأما فيما بعدها فلخلاف الشافعي رحمه الله تعالى اه ح.قوله: (وغير ذلك) منه ما ذكرناه من المجوسية والتي تحته أختها.قوله: (فدعوى الحصر) أي المفهوم من قول الهداية وغيرها: والشبهة في المحل في ستة مواضع.." (١)

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/٨٤١

"مطلب في بيان شبهة الفعلقوله: (بشبهة الفعل) أي الشبهة في الفعل الذي هو الوطء حيث كاءما قد يشتبه على حرمته لا في محله وهو الموطوءة، لان حرمة المحل هنا مقطوع بها إذا لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن في حل المحل شبهة أصلا.قوله: (أي شبهة في حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف إن ظن حله لان من ظن الحل فقد اشتبه عليه الامر، ولذا قال في الفتح: إنها تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة، إذ لا دليل في السمع يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلا، كما يظن أجارية زوجته تحل له، لظنه أنه استخدام، واستخدامها حلال، فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا اه.قوله: (إن ظن حله) شرط لقوله: ولا حد الخ فنفي الحد هنا مشروط بظن الحل، لما علمت أن هذا الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة، فلو لم يظن الحل شبهة أصلا بخلاف ما مر، فإن الشبهة فيه جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل، فلذا انتفى الحد فيه سواء ظن الحل أو لا.قوله: (العبرة لدعوى الظن الخ) أي لا للظن نفسه فإنه يحد إن لم يدع وإن حصل له الظن، ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن.ابن كمال.وفيه تورك على عبارة المصنف، لكن لا يخفى أن الظن أمر باطني لا يعلمه القاضي إلا بدعوى صاحبه، فقوله: إن ظن حله أي إن علم القاضي أنه ظن الحل يدرأ عنه الحد، وذلك لا يكون إلا بدعواه وإخباره.قوله: (ولو ادعاه أحدهما الخ) لان الشبهة إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة.بحر.قوله: (كوطئ أمة أبويه الخ) لان بين الانسان وبين أبويه وزوجته وسيده انبساطا في الانتفاع بمالهم واستخدام جواريهم، فكان مظنة حل الوطئ على توهم أنه من الاستخدام، وكذا بقاء أثر الفراش في المعتدة من وجوب النفقة وحرمة تزوج أختها مظنة لتوهم حل وطئها، وقيد بالامة لما في الخانية: لو زنى بامرأة الاب أو الجد فإنه يحد وإن قال ظننت أنها تحل لي.قوله: (ومعتدة الثلاث) هذا إذا لم ينو الثلاث بالكنايات إذ لنواها بها كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر.قوله: (ولو جملة) أي ولو كان تطليقه الثلاث بلفظ واحد فلا يسقط عنده الحد، إلا أن ادعى ظن الحل، وكذا لو أوقع الثلاث متفرقة بالطريق الاولى إذ لميخالف فيه أحد، لان القرآن ناطق بانتفاء الحل بعد الثالثة فلم يبق شبهة في حل المحل، ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لمخالفته للقطعي، وهو إجماع الصحابة الذي تقرر في زمن عمر، لكن يشكل ما في نكاح الهداية من أن الحد لا يجب بوطئ المطلقة بائنا واحدة أو ثلاثا مع العلم بالحرمة على إشارة كتاب الطلاق.وعلى عبارة كتاب الحدود يجب، لان الملك قد أزال حق الحل فيتحقق الزنا اه.ووفق في البحر بحمل إشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقع

الثلاث جملة، وحمل عبارة الحدود على ما إذا أوقعها متفرقة، لان إيقاعها جملة خالف فيه الظاهرية: أي فيكون من شبهة المحل، فلا يحد وإن اعتقد الحرمة لشبهة الدليل واعترضه ح بأن المصرح به في الفتح وغيره." (١)

"الجزم بأنها من شبهة الفعل وعدم اعتبار الخلاف بعد انعقاد الاجماع، وبأن الاشارة لا تعارض العبارة.قلت: على أنه يمكن التوفيق بوجه آخر، وهو حمل الاشارة على ما إذا كان الطلاق البائن بلفظ الكنايات والعبارة على ما إذا كان بلفظ الصريح، والله أعلم.قوله: (في رواية كتاب الحدود) أي أن محمدا ذكرها في كتاب الحدود من مسائل شبهة الفعل، وذكر في كتاب الرهن أنها من شبهة المحل.قال في البحر: والحاصل أنه إذا ظن الحل فلا حد باتفاق الروايتين، والخلاف فيما إذا علم الحرمة، والاصح وجوبه، وذكر في الايضاح وجوبه وإن ظن الحل، وهو مخالف لعامة الروايات.مطلب: الحكم المذكور في بابه أولى من المذكور في غير بابه قال في الدر المنتقى: واستفيد منه أن الحكم المذكور في بابه أولى من المذكور في غير بابه، لانه كأنه استطراد، هكذا كان.أفادنيه والدي فليحفظ.قوله: (وهي المختار) وفي الهداية: وهي الاصح، وتبعه الشارحون، لان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال، لانه إنما يفيد له الملك بعد الهلاك فيصير به مستوفيا لحقه، لكنه بعد الهلاك لا يملك المتعة: أي الوطئ.ومقتضى هذا وجوب الحد وإن ظن الحل، لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال، وملك المال سببا لملك المتعة في الجملة حصل الاشتباه.ذخيرة.قوله: (المستعير للرهن) اللام للتعليل: أي الذي استعارأمة ليرهنها لا للتعدية حتى يكون المعنى استعار أمة مرهونة من المرتهن اه ح.والمناسب أن يقول: لا للتقوية، لان اسم الفاعل هنا متعد بنفسه، تقول أنا مستعير فرسا، فإذا قلت مستعير للفرس كانت زائدة لتقوية العامل، كقوله تعالى: * (مصدقا لما معهم) * (سورة البقرة: الآية ١٩) ولعل وجه كون المستعير بمنزلة المرتهن هو أنه إذا استعار شيئا ليرهنه بكذا ثم هلك عند المرتهن صار مستوفيا لدينه ووجب مثل الدين للمعير على المستعير، لانه صار قاضيا دينه بالرهن كما تقرر في محله، فإذا غرم مثله للمعير صار مالكا له فكان بمنزلة المرتهن.تأمل.قوله: (وسيجئ) أي في هذا الباب.قوله: (وكذا المختلعة) أي على مال، لانه لو كان خلعا خلا عن مال كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر.قوله: (يثبت في الاولى) هذا في غير الجد إذا وطئ جارية ابن ابنه وابنه حي، لان الجد لا يتملكها حال حياة الاب فلا يثبت النسب بدعوى الجد، نعم إن صدقه ابن الابن عتق لزعمه أنه عمه، وما في النهاية من أنه يثبت نسبه غلط كما حققه في الفتح.قوله: (لتمحضه زنا) لانه لا

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/١٨٥

شبهة ملك فيه، بل سقط الحد لظنه فضلا من الله تعالى وهو راجع إليه: أي إلى الواطئ لا إلى المحل، فكأن المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت النسب بهذا الوطئ، ولذا لا تثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا.فتح.قوله: (بشرطه) أي بشرط الثبوت، والمناسب إسقاطه كما يظهر قريبا.قوله: (بأن تلد الخ) بدل من قوله: بشرطه قال ح: ويحمل على وطئ سابق على الطلاق كما تقدم في باب ثبوت النسب.ولا نقول: إنه انعقد من هذا الوطئ الحرام حيث أمكن حمله على الحلال.قوله: (لا لاكثر)." (١)

"ومثل الاكثر تمام السنتين ح.قوله: (كما مر في بابه) من أنه لا يثبت النسب في المطلقة ثلاثا بعد سنتين إلا بدعوة ح.قلت وتحصل من هذا أنه إذ ادعى الولد يثبت النسب، سواء ولدت لاقل من سنتين أو لاكثر وإن لزم الوطئ في العدة لوجود شبهة العقد، وأما بدون الدعوى فلا يثبت إلا إذا ولدت لاقل من سنتين حملا على أنه بوطئ سابق على الطلاق، فقول المصنف بشرطه لا محل له، لان كلامه فيما إذا ادعى النسب وفيه يثبت مطلقا كما علمت، وهو الذي حرر في الفتح وتبعه في البحر.قوله:(بالاولى) لانها أقل من الثلاث ط.فإن حرمة الثلاث تزيل حل المحلية ولذا لا تحل له إلا بعد زوج آخر.قوله: (وإلا في وطئ امرأة الخ) الاستثناء في هذه مبني على أنها من شبهة الاشتباه: أي شبهة الفعل، وعليه مشى الزيلعي، وكذا صاحب البحر أولا، وقيل إنها شبهة محل، وذكر في الفتح أولا أنه الاوجه لان قولهن هي زوجتك دليل شرعي مبيح لوطئ لقبول قول الواحد في المعاملات، ولذا حل وطئ من قالت أرسلني مولاي هدية إليك.ثم قال: والحق أنه شبهة اشتباه، لان الدليل المعتبر فيها ما يقتضي ثبوت الملك لا ما يطلق شرعا مجرد الوطئ.اه ملخصا.فليتأمل.قوله: (وقال النساء) الجمع غير قيد كما يأتي.قوله: (فيثبت نسبه بالدعوة بحر) لفظ بالدعوة الخ يوجد في بعض النسخ: وهو غير لازم لان أصل الكلام فيه.مطلب في بيان شبهة العقد قوله: (بشبهة العقد) أي ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، لان الشبهة كما مر ما يشبه الثابت وليس بثابت، فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة، ولذا قال في التاترخانية: وإذا كان الوطئ بملك النكاح أو بملك يمين والحرمة بعارض آخر فذلك لا يوجب الحد نحو الحائض والنفساء والصائمة صوم الفرض والمحرمة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها فوطئها في العدة لا حد عليه، وكذا الامة المملوكة إذا كانت محرمة عليه برضاع أو مصاهرة أو لكون أختها مثلا في نكاحه أو هي مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم الحرمة اه.قوله: (كوطئ محرم نكحها) أي عقد عليها، أطلق في المحرم فشمل المحرم نسبا ورضاعا وصهرية، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقته الثلاث أو أمة على حرة أو تزوج

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٨٦/٤

مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده أو تزوج خمسا في عقد فوطئهن أو جمع بين أختين في عقد فوطئهما أو الاخيرة لو كان متعاقبا بعد التزوج فإنه لا حد، وهو بالاتفاق على الاظهر.أما عنده فظاهر، وأما عندهما فلان الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعا على تحريمه وهي محرمة على التأبيد.بحر.قلت: وهذا هو الذي حرره في فتح القدير وقال: إن الذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم كابنالمنذر ذكروا أنه إنما يحد عندهما في ذات المحرم لا في غير ذلك كمجوسية وخامسة ومعتدة، وكذا عبارة الكافي للحاكم تفيده حيث قال: تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه، وإن فعله على علم لم يحد أيضا، ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة.وقالا: إن علم بذلك فعليه الحد." (١)

"في ذوات المحارم اه.فعمم في المرأة على قوله ثم خص على قولهما بذوات المحرم.قوله: (وقالا الخ) مدار الخلاف على ثبوت محلية النكاح للمحارم وعدمه، فعنده هي ثابتة على معنى أنها محل لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة، ونفياها على معنى أنها ليست محلا لعقد هذا العاقد فلم يورث شبهة، وتمامه في الفتح والنهر.قوله: (إن علم الحرمة حد) أما إن ظن الحل فلا يحد بالاجماع ويعزر، كما في الظهيرية وغيرها.مطلب: إذا استحل المحرم على وجه الظن لا يكفر، كما لو ظن علم الغيب وعلم من مسائلهم هنا أن من استحل ما حرمه الله تعالى على وجه الظن لا يكفر، وإنما يكفر إذا اعتقد الحرام حلالا، ونظيره ما ذكره القرطبي في شرح مسلم أن ظن الغيب جائز كظن المنجم والرمال بوقوع شئ في المستقبل بتجربة أمر عادي فهو ظن صادق، والممنوع ادعاء علم الغيب.والظاهر أن ادعاء ظن الغيب حرام لا كفر، بخلاف ادعاء العلم، وسنوضحه في الردة.بحر.قوله: (لكن في القهستاني الخ) الاستدراك على قوله: في جميع الشروح فإن المضمرات من الشروح.وفيه أن القهستاني ذكر عن المضمرات أنه قال: والصحيح الاول، وأنه في موضع آخر قال: إذا تزوج بمحرمه يحد عندهما، وعليه الفتوى اه.على أن ما في عامة الشروح مقدم.وكذلك في الفتح نقل عن الخلاصة أن الفتوى على قولهما، ثم وجهه بأن الشبهة تقتضي تحقق الحل من وجه وهو غير ثابت، وإلا وجبت العدة والنسب، ثم دفع ذلك بأن من المشايخ من التزم وجوبهما، ولو سلم عدم وجوبهما لعدم تحقق الحل من وجه، فالشبهة لا تقتضي تحقق الحل من وجه، لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون، وإنما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه اه ملخصا.وحاصله أن عدم تحقق الحل من وجه في المحارم

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/١٨٧

لكونه زنا محضا يلزم منه عدم ثبوت النسب والعدة، ولا يلزم منه عدم الشبهة الدارئة للحد.ولا يخفى أن في هذا ترجيحا لقول الامام.قوله: (وحرر في الفتح الخ) صوابه في النهر، فإنه بعد ما ذكر ما قدمناه عن الفتح قال: وهذا إنما يتم بناء على أنها شبهة اشتباه.قال في الدراية: وهو قول بعض المشايخ.والصحيح أنها شبهة عقد، لانه روى عن محمد أنه قال: سقوط الحد عنه لشبهة حكمية فيثبت النسب، وهكذا ذكر في المنية اه.وهذا صريح بأن الشبهة في المحل وفيها النسب على ما مر اه.كلا النهر.قلت: وفي هذه زيادة تحقيق لقول الامام لما فيه من تحقيق الشبهة حتى ثبت النسب، ويؤيده ما ذكره الخير الرملي في باب المهر عن العيني ومجمع الفتاوى أنه يثبت النسب عنده خلافا لهما.قوله: (وفي المجتبى الخ) مثله في الذخيرة.قوله: (ظانا الحل) أما لو اعتقده يكفر كما مر.قوله: (ويعزر) أي إجماعا كما في الذخيرة، لكنه مخالف لما في الهداية من قوله: ولكن يوجع عقوبة إذا كان." (١)

"الانكار، ولذا لو حضرت وأقرت تحد، فظهر أن الاعتبار للانكار للغيبة.فتح ملخصا.قلت: ويظهر من هذا أن السكوت لا يقوم مقام الانكار.تأمل، نعم تقدم أنه لو أقر بالزنا بخرساء لا يحد لاحتمال أنها لو كانت تتكلم لابد ت مسقطا، وقدمنا في الباب السابق الفرق بينهما وبين الغائبة.تنبيه: حيث سقط الحد يجب لها المهر وإن أقرت هي بالزنا وادعى النكاح، لانه لما سقط الحد صار ت مكذبة شرعا، ثم لو أنكرت الزنا ولم تدع النكاح وادعت على الرجل حد القذف فإنه يحد له ولا يحد للزنا، وتمامه في الفتح.قوله: (وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة) أي ولو كانت حرة لا يحد، لانه لم يقر بالزنا حيث ادعى الملك.وفي كافي الحاكم: زنى بأمة ثم قال اشتريتها شراء فاسدا، أو على أن للبائع فيه الخيار، أو ادعى صدقة أو هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة درئ عنه الحد اه.وفي التتارخانية عن شرح الطحاوي: شهد عليه أربعة بالزنا وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال ظننت أنها امرأتي لا يسقط الحد، ولو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود اه.وفي البحر: لو ادعى أنها زوجته فلا حد وإن كانت زوجة للغير، ولا يكلف إقامة البينة للشبهة، كما لو ادعى السارق أن العين ملكه سقط الحد بمجرد دعواه اه وتقدمت هذه متنا في الباب السابق.قلت: وانظر وجه الفرق بين قوله ظننت أنها امرأتي وقوله هي امرأتي، ولعل وجهه أن قوله ظننت يدل على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقرارا بالزنا بأجنبية، بخلاف قوله هي امرأتي أو اشتريتها ونحوه فإنه جازم به وبأن فعله غير زنا، فتأمل.بقي هنا شئ وهو أن الشبهة في هذه المسائل وفي مسألة المتن التي قبلها لم أر من ذكر أنها من أي أقسام الشبه الثلاثة، وظاهر كلامهم أنها خارجة عنها.ووجهه أنه في هذه المسائل يدعي

(١) حاشية رد المحتار، ٤/١٨٨

حقيقة الملك الذي لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرما، بخلاف تلك الاقسام، والظاهر أن النسب هنا لا يثبت وأن الفعل تمحض زنا، وإنما سقط الحد لشبهة صدقه في دعواه الملك بالعقد أو بالشراء ونحوه، وبهذا لا يثبت النسب لان الملك ثابتلغيره، وعلى هذا فيمكن دخولها في شبهة الفعل وهي شبهة الاشتباه، لان مرجعها إلى أنه اشتبه عليه الامر بظنه الحل، والله سبحانه أعلم.قوله: (وفي قتل أمة بزناها) هذا عندهما.وأما عند أبي يوسف: فعليه القيمة لا الحد، لانه لم يبق زنا حيث اتصل بالموت كما في المحيط.قهستاني.قلت: وصحح في الخانية قول أبي يوسف، لكن المتون والشروح على الاول، بل ما ذكر عن أبي يوسف هو رواية عنه لا قوله، وهي خلاف ظاهر الرواية عنه كما أوضحه في الفتح.قوله: (الحد بالزنا والقيمة بالقتل) أشار إلى توجيه وجوب الحد والقيمة بأنهما جنايتان مختلفتان بموجبين مختلفين ط.قوله: (ولو أذهب عينها) كذا في البحر وغيره، والاظهر عينيها بالتثنية ليلزم كل القيمة لكنه مفرد مضاف فيعم بقرينة قوله الجثة العمياء.قوله: (فأورث شبهة) أي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنه الحد بخلاف ما مر، فإن الجثة فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت، وتمامه في الفتح.قوله: (وتفصيل ما لو أفضاها في الشرح) أي شرح المصنف.." (١)

"قوله: (وقيل لا) أقول هذا هو المذهب، لانه هو المذكور في كافي الحاكم الشهيد، حيث قال: وإذا شهد الشهود على رجل بزنا قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم اه.ولذا قال الكرخي: إنه الظاهر: أي ظاهر الرواية.وعلله في العناية بأن عددهم متكامل وأهلية الشهادة موجودة وذلك بمنع أن يكون كلامهم قذفا.قوله: (بغائبة) أي والشهود يعرفونها، إذ لا حد عليه بعدم معرفتها كما يأتي.شرنبلالية.قوله: (ولو على سرقة) مثله القذف كما يشير إليه تعليله ح.قوله: (لشرطية الدعوى الخ) أي أنها شرط للعمل بالبينة، لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه فلا تقبل بلا دعوى، وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي، ولا يقال: يحتمل أن الغائبة لو حضرت تدعي النكاح فيسقط الحد.لانا نقول: دعواها النكاح شبهة واحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فلا تعتبر، وإلا أد إلى نفي كل حد لان ثبوته بالبينة أو الاقرار.ويحتمل أن يرجع المقر أو الشهود، وذلك لا يعتبر، لان نفس هذا الرجوع شبهة واحتماله شبهة الشبهة.أفاده في الفتح.قوله: (حد) لانه لا يخفى عليه من له فيها شبهة فإنه كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه، فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه، وصار معنى قوله لم أعرفها: أي باسمها ونسبها، ولكن علمت بأنها أجنبية، فكان هذا كالمنصوص عليه، بخلاف الشاهد فإنه

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/١٩٤

يجوز أن يشهد على من تشتبه عليه فلا يكون قول الشاهد لا أعرفها موجبا للحد: فتح.قوله: (لاحتمال أنها امرأته أو أمته) لو قال لاحتمال أن يكون له فيها شبهة لكان أعم اه ح.وفي كافي الحاكم: وإن قال المشهود عليه إن التي رأوها معي ليست لي بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا لتصور أن تكون أمة ابنه أو منكوحته نكاحا فاسدا.بحر.قوله: (كاختلافهم في طوعها) بأن شهد اثنان أنه أكرهها وآخران أنها طاوعته لم يحدا عنده.وقالا: يحد الرجل لاتفاقهم على أنه زنى، وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهي الاكراه،وله أنه زناءان مختلفان لم يكمل في كل نصاب، لان زناها طوعا غير مكرهة فلا حد، ولا الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل نصاب.ثم إن اتفاق الشهود على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا، وتمامه في الزيلعي.قوله: (ولو على كل زنا أربعة) راجع لقوله: أو في البلد كما اقتضاه كلام الشراح في تصويرهم المسألة وتعليلهم بامتناع فعل واحد في ساعة واحدة في مكانين متباينين فتيقنا بكذب أحد الفريقين.وظاهره أنه لو شهد أربعة بالطوع وأربعة بالاكراه يحدان، وبه جزم محشي مسكين معللا بعدم التيقن بكذب أحد الفريقين حيث لم يذكروا وقتا واحدا، وجزم ح بأن لا حد لما مر أول الباب السابق من أن الحد يسقط في دعوى الاكراه إذا برهن.قال: ومعلوم أن ذلك بعد ثبوت الحد عليه بالبينة، والبينة المثبتة للحد لا بد وأن تشهد بالطوع اه.قلت: هذا إنما يظهر إذا ذكروا وقتا واحدا، وإلا فيمكن حمله على فعلين: أحدهما بالاكراه، والآخر بالطوع.وأما ما مر في الباب السابق فهو فيما إذا شهد أربعة على زناه طوعا وأقام شاهدين." (١)

"القطع حد يسقط بالشبهة، والانكار أعظم شبهة مع أنه سيأتي أنه لا قطع بنكول عن اليمين، وأنه لو أقر ثم هرب لا يتبع، فيتعين حمل ما ذكره على صحته في حق الضمان.قوله: (أو شهد رجلان) فلايقبل رجل وامرأتان للقطع بل للمال، وكذا الشهادة على الشهادة كما في كافي الحاكم.قوله: (ولو عبدا) تعميم للضمير في عليه المقدر بعد قوله: أو شهد رجلان وسيأتي الكلام على سرقة العبد في الباب الآتي.قوله: (وسألهما الامام كيف هي) ليعلم أنه أخرج من الحرز أو نول من هو خارج، وأين هي ليعلم أنها ليست في دار الحرب، وكم هي؟ ليعلم أنها نصاب أم لا.قوله: (زاد في الدرر) نقله في البحر أيضا عن الهداية وقال: السؤال عن الماهية لاطلاقها على استرقاق السمع والنقص من أركان الصلاة، وعن الزمان لاحتمال التقادم.زاد في الكافي أنه يسألهما عن المسروق، إذ سرقة كل مال لا توجب القطع.قوله: (وممن سرق) ليعلم أنه ذو رحم محرم منه أم لا.قوله: (وبيناها) أي المذكورات، وهو عطف على قوله: وسألهما.قوله: (احتيالا) علة

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/١٩٧

للسؤال.قوله: (ويحبسه حتى يسأل عن الشهود) أي عن عدالتهم.قال في الشرنبلالية: يشير إلى ما قاله الكمال: إن القاضي لو عرف الشهود بالعدالة له قطعه اه.ولعله على القول بأن القاضي يقضي بعلمه وهو خلاف المختار الآن اه.وهذا **اشتباه**، فإن قضاءه بالقطع بالبينة لا بعلمه، وعلمه بعدالة الشهود المتوقف عليها القضاء بالقطع ليس قضاء به.حموي.قلت: على أنه مر في الباب السابق أن في حقوقه تعالى يقضي القاضي بعلمه اتفاقا، وقد صرح في البحر عن الكشف بأن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلو ص.قوله: (لعدم الكفالة في الحدود) لانه إذا جاء أخذ الكفيل بالنفس لا يحبس.قوله: (إلا الزمان) لان تقادم العهد لا يمنع صحة الاقرار بها.نوح عن المبسوط والمحيط.واعترضه الحموي بأنه يجوز أن تكون السرقة في صباه فلا يحد.قلت: لكن قال في حاوي الزاهدي: لو ثبتت السرقة بالاقرار لا يلزم السؤال عن زمانها حتى قال في أسنع لو قال سرقت في زمان الصبا يقطع ولا يلتفت إلى قوله اه.وفي لفظ أسن رمز لكتاب الاسرار.قوله: (إلا المكان) المناسب، وإلا المكان بالعطف لانه في الفتح استثنى الزمان والمكان.قوله: (تحريف) أي لجواز أن يكون في دار الحرب، والمراد أن ذكر المكان في عبارة الفتح غير صحيح.قوله: (وكذا لو رجع أحدهم) أي أحد السارقين المقرين.قوله: (أو قال) أي أحد السارقين.قوله (أو شهدا على إقراره) أي إقرار السارق.قوله: (فلا قطع) أي في المسائل الثلاث،." (١)

"الاحراز خلافا لمحمد كما مر.قوله: (لم تحل له إجماعا) أي حتى يخرجها ثم يستبرئها ط عن الشلبي.قوله: (والسلب للكل) أي لكل الجند إن لم ينفل الامام به للقاتل وخصه الشافعي رحمه الله بالقاتل.در.منتقى.قوله: (لحديث الخ) ذكر في الفتح أن الحديث ضعيف، ولا يضر ضعفه لانانستأنس به لاحد محتملي حديث السلب أي قوله عليه الصلاة والسلام: من قتل قتيلا فله سلبه بحمله على التنفيل وليس كل ضعيف باطلا، وقد تضافرت أحاديث ضعيفة تفيد أن حديث السلب ليس نصبا عاما مستمرا، والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقي إلى الحسن، فيغلب الظن بأنه تنفيل، وتمام تحقيق المقافيه.قوله: (حيث وقع **الاشتباه** في قسمتهم) الاولى في قسمتهن بضمير النسوة لعوده إلى الاماء، إلا أن يقال أنه عائد إلى الغزاة وفيه بعد، ثم الواقع الآن أنه لا تقسم غنيمة أصلا كما ذكره في الجواب.قوله: (وقع التنفيل الكلي) أي بقول السلطان: كل من أخذ شيئا فهو له، أما لو قال كل ما أصبتم فهو لكم، فإنه لا يصح كما مر، والمراد وقوعه لاي عسكر كان، في أي غزوة كانت، وإلا خالفه ما مرمن أنه يعم كل قتال في تلك السنة ما لم يرجعوا، لكن يبقى النظر فيما بعد مو ت السلطان المنفل على هذا الوجه أو بعد عزله وتولية غيره، هل يبقى

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/٢٥٧

الاول العام أم لا؟ ويتعين عدمه ما لم ينفل الثاني مثله؟ وهكذا إلى وقتنا هذا، فقد ذكر في الخيرية أن أمر السلطان لا يبقى بعد موته، وما قيل من أن كل سلطان من سلاطين آل عثمان نصرهم الله تعالى، يؤخذ عليه عهد من قبله: لا ينفع كما أوضحت ذلك في كتابي تنبيه الولاة والحكام على شاتم خير الانام.مطلب في حكم الغنيمة المأخوذة بلا قسمة في زماننا قوله: (فبعد إعطاء الخمس لا تبقى **شبهة**) قد علم مما قدمناه قريبا عند قوله: وجاز التنفيل بالكل أنه لا يلزم إعطاء الخمس في التنفيل العام المقصود منه التخصيص دون التشريك، كما لا يلزم فيه تفاوت الفارس والراجل لسقوط ذلك ضمنا لا قصدا، على أن الواقع في زماننا عدم القسمة، وعدم إعطاء الخمس فكيف تنتفي **الشبهة** على فرض لزوم الخمس، بل **الشبهة** باقية من حيث أنا لا نعلم أن سلطان زماننا هل نفل تنفيلا عاما أم لا، ولا يقال: إن عدم القسمة اليوم دليل على وجود التنفيل، لان جيوش زماننا يأخذون ما تصل إليه أيديهم سلبا ونهبة، حتى من بلاد الاسلام ولو ظهر مالكه المسلم لا يدفعه إليه إلا بثمنه فليس في حالهم ما يقتضي حملهم على الكمال، وكذا حكام هذا الزمان وأمراء الجيوش: لا ينفلون ولا يقسمون، ولا يخمسون، فالظاهر أن ما يؤخذ من الغنائم اليوم حكمه حكم الغلول، وقد ذكر في شرح السير الكبير أن الغال إذا ندم وأتبما غله إلى الامام بعد تفرق الجيش، فإن شاء رده عليه وأمره بصرفه إلى مستحقيه، وإن شاء أخذه." (١)

"فيه وال من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والاعياد، وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الايامى لاستيلاء المسلم عليه، وأما إطاعة الكفر فذاك مخادعة.وأما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والاعياد، ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين، فيجب عليهم أن يلتمسوا واليا مسلما منهم ا هـ.وعزاه مسكين في شرحه إلى الاصل، ونحوه في جامع الفصولين.مطلب في حكم تولية القضاء في بلاد تغلب عليها الكفار وفي الفتح: وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن، يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا، ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة ا هـ.وهذا هو الذي تطمئن النفس إليه فليعتمد.نهر.والاشارة بقوله: وهذا إلى ما أفاده كلام الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافرعلى خلاف ما مر عن التاترخانية، ولكن إذا ولي الكافر عليهم قاضيا ورضيه المسلمون صحت توليته بلا **شبهة**.تأمل.ثم إن الظاهر أن البلاد التي ليست تحت حكم سلطان، بل لهم أمير منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغلب أو باتفاقهم عليه يكون ذلك الامير في حكم السلطان فيصح منه تولية القاضي

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/٣٣٦

عليهم.قوله: (ومن سلطان الخوارج وأهل البغي) تقدم الفرق بينهما في باب البغاة.قوله: (صح العزل) فإذا ولي سلطان البغاة باغيا وعزل العدل ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضي أهل العدل إلى تجديد التولية.نهر.قوله: (نفذه) أي حيث كان موافقا أو مختلفا فيه كما في سائر القضاة، وهو مصرح به في فصول العمادي، ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل، لان الفاسق يصلح قاضيا في الاصح، وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه: الاول ما ذكرنا وهو المعتمد.الثاني عدم النفاذ، فإذا رفع إلى العادل لا يمضيه.الثارث حكمه حكم المحكم بمضية لو وافق رأيه وإلا أبطله ا ه بحر.قوله: (وبه جزم الناصحي) لكن قد علمت ما هو المعتمد.مطلب في العمل بالسجلات وكتب الاوقاف القديمة قوله: (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) في القاموس: الديوان ويفتح: مجتمع الصحف، والكتاب يكتب فيه أهل الجيش وأهل العطية، وأول من وضعه عمر رضي الله تعالى عنه، جمعه دواوين ودياوين ا ه.فقوله مجتمع الصحف بمعنى قول الكنز: وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها.والخرائط جمع خريطة شبه الكيس، وقول الشارح يعني السجلات تفسير بالمعنى الثاني، وقول البحر تبعا لمسكين إن ما في الكنز مجاز لان الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر، فافهم.والسجل لغة: كتاب القاضي، والمحاضر جمع محضر.وفي الدرر: أن المحضر ما كتب فيه ما جرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم ببينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل، والصك: ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار وغيرها، والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة ا ه.والعرف الآن ما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خطه، والحجة ما عليه علامة القاضي." (١)

"الذبح في الدين، وبالعكس يحل.زيلعي.ومثله في المعراج، فما في الشرنبلالية من عكسه الحكم سهو في النقل.قوله: (ونفاه أبو يوسف عنهما) لكن أوجب الدية على الآمر في ثلاث سنين.خانية.قوله: (للشبهة) أي شبهة العدم، فإن أحدهما قاتل حقيقة لا حكما، والآخر بالعكس.وقال زفر: يقاد الفاعل لانه المباشر.قوله: (ولو أكره) أي بملجئ ويدل عليه ما يجئ.قوله: (بضياعها) لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه، فلا يستباح بضرورة ما كالقتل.درر.قوله: (بل يغرم المهر) ولا يرجع على المكره بشئ، لان منفعة الوطئ حصلت للزاني، كما لو أكره على أكل طعام نفسه جائعا.تاترخانية.قوله: (لانهما) أي المهر والحد لا يسقطان جميعا في دار الاسلام.قوله: (لا ينقطع) أي عن الام.قوله: (لكنه يسقط الحد في زناها) أي بغير الملجئ، لانه لما كان الملجئ رخصة لها كان غيره شبهة لها.قوله: (لانه لما لم يكن الملجئ له

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٥٠٩

اه خ) تعليل لقوله: لا زناه وإذا لم يرخص له يأثم في الاقدام عليه، وأما المرأة هل تأثم؟ ذكر شيخ الاسلام: إن أكرهت على أن تمكن من نفسها فمكنت تأثم، وإن لم تمكن وزنى بها فلا، وهذا لو بملجئ، وإلا فعليه الحد بلا خلاف لا عليها، ولكنها تأثم.هندية.قوله: (ظاهر تعليلهم) أي بأنه لا يرخص للرجل لان فيه قتل النفس، ويرخص للمرأة لعدم قطع النسب منها.قوله: (أن حكم اللواطة) أي من الفاعل والمفعول ولو برجل ط.قوله: (فترخص بالملجئ) في باب الاكراه من النتف: لو أكره على الزنا واللواطة لا يسعه وإن قتل اه.فمنع اللواطة مع أنها لا تؤدي إلى هلاك الولد ولا تفسد الفراش اه.سري الدين.وظاهر إطلاق النتف يعم الفاعل والمفعول ط.وقد ذكر في المنح أيضا عبارة النتف.قوله: (لانها لم تبح بطريق ما) بخلاف الوطئ في القبل فإنه يستباح بعقد وبملك، فافهم.قوله: (ولكون قبحها عقليا) لان فيها إذلالا للمفعول ويأبى العقل ذلك، وقد انضم قبحها العقلي إلى قبحها طبعا، فإنه محل نجاسة وفرث وإخراج لا محل حرث وإدخال وطهارة وإلى قبحها شرعا ط.قوله: (وصح نكاحه) فلو أكره عليه بالزيادة بطلت الزيادة، وأوجبها الطحاوي، وقال: يرجع بها على المكره.بزازية.قوله: (لو بالقول لا بالفعل الخ) تبع ابن الكمال في ذكره ذلك هنا، وصوابه ذكره بعد قوله: ورجع بقيمة العبد لان الفرق بينهما في الرجوع وعدمه لا في صحة العتق.وعبارة الاشباه سالم من هذا **الاشتباه** حيث قال: أكره على الاعتاق فله تضمين المكره، إلا إذا أكره على شراء من يعتق عليه باليمين أو بالقرابة اه.وفي البزازية: أكره على شراء ذي رحمه أو من حلف بعتقه وقيمته ألف على أن يشتري بعشرة آلاف، فاشترى عتق ولزمه ألف لا عشرة، لان الواجب فيه القيمة لا الثمن، ولا يرجع بشئ على." (١)

"قطع استأنف إلى غير تلك الجهة فلا يعيد

قوله (باستصحاب الحال) هو الفساد لترك التحري عند **الاشتباه**

قوله (ولم يرتفع بدليل) بخلاف ما إذا تبين صوابه كما سبق

قوله (لم يحصل حقيقة) وهو استقباله يقينا

قوله (ولا حكما) أي بالتحري والحاصل أنه أما ان لا يشك ولا يتحرى وجوابه ان صلاته على الجواز ما لم يتبين له الخطأ وأما أن يشك ولا يتحرى وهي على الثلاثة أوجه التي ذكرها المصنف وإما أن يشك ويتحرى وهو أصل المسألة

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٤٢٩

قوله (لا تجزيه) وعن أبي حنيفة يخشى عليه الكفر ولا يكفر وفي الظهيرية ومن صلى إلى غير جهة الكعبة لا يكفر هو الصحيح لأن ترك جهة الكعبة جائز في الجملة بخلاف الصلاة بغير طهارة لعدم الجواز مع عدمها بحال واختاره الصدر الشهيد وفيه أنه يجوز لفاقد الطهورين الصلاة مع عدمها

فرع إذا تحرى ولم يقع تحريه على شيء فقيل يؤخر وقيل يخير وقيل يصلي إلى الجهات الأربع وهو الأحوط كما في الفتح ومع هذا لو صلى إلى جهة واحدة جاز وإن أخطأ فيه كما في الظهيرية

قوله (خلافا لأبي يوسف) هو غير ظاهر الرواية عنه كما في القهستاني

قوله (وعلى هذا) أي على ما تقدم من أنه لا عبرة للإصابة إذا صلى إلى غير جهة تحريه أو على هذا الخلاف

قوله (وهو فساد فعله ابتداء) الذي في الشرح وهو أن لا يحكم بفساد فعله ابتداء لأنه حينئذ لا تكون نيته صحيحة لعدم الجزم اه وهو المناسب

قوله (والنية) أي نية الطهارة فيه أن النية وجودها لا يشترط والذي في الشرح وفي الماء الذي عدل إليه وجد الجزم بالنية والطهارة حقيقة فصحت

قوله (وجهلوا حال إمامهم) أما من علم حال إمامه لم تجز صلاته لأنه اعتقد أن إمامه على الخطأ وهذا لا يشترط في الصلاة في جوف الكعبة فالصلاة صحيحة مع علم حال الإمام لعدم الخطأ لأن الكل قبلة

قوله (كما في جوف الكعبة) فإن التقدم فيه مضر

قوله (لما قدمناه) من حديث عامر وهو علة لقوله تجزيهم

فصل في بيان واجب الصلاة قوله (يجيء بمعنى اللزوم) لو قال بمعنى اللازم والساقط والمضطرب أو قال في الأول الوجوب يجيء بمعنى اللزوم الخ لكان أنسب

قوله (وفي الشرع إسم لما لزمنا) روى عن الإمام انه قال ما معناه الفرق بين الواجب والفرض كما بين السماء والأرض والبعض يطلق عليه اسم السنة حتى يعبرون في محل بالسنية ثم يعبرون فيه بالوجوب أفاده صاحب البحر

قوله (بدليل فيه شبهة) اعلم أن الأدلة السمعية أنواع أربعة قطعي الثبوت والدلالة كالنصوص المتواترة أي المحكمة وقطعي الثبوت ظني الدلالة كالآيات المؤولة وظني الثبوت قطعي الدلالة كإخبار الآحاد التي مفهومها قطعي وظني الثبوت والدلالة كإخبار الآحاد التي مفهومها ظني فبالأول يثبت الفرض أي والحرام

وبالثاني والثالث يثبت الوجوب أي وكراهة التحريم وبالرابع يثبت السنة والاستحباب أي وكراهة التنزيه ليكون ثبوت الحكم بقدر دليله كذا في الكشف اه من الشرح مزيدا

قوله (لكونه ساقطا عنا علما) أي لا يجب علينا إعتقاد وجوبه

قوله (أو لكونه ساقطا علينا عملا) لو قال أو لكونه لازما علينا عملا لكان أولى ليكون تنبيها على المعنى الأول وهو اللزوم صريحا وإن كان ما ذكره يفيده بقرينة على

قوله (أو لكونه مضطربا) أي مترددا

قوله (وشرعت الواجبات لا كمال الفرائض) فان القراءة فرض وكونها بالفاتحة والسورة مثلا متمم لذلك

." (١)

"أم رأسه وهي الجلدة التي هي مجمع الرأس وقيل للشجة آمة على معنى ذات أم كعيشة راضية نهر

قوله (ووصل) أي حقيقة أما إذا شك في الوصول وعدمه فإن كان الدواء رطبا فعند الإمام يفطر للوصول عادة وقالا لا لعدم العلم به فلا يفطر بالشك بخلاف ما إذا كان الدواء يابسا فلا فطر اتفاقا فتح

قوله (أو دماغه) أي وإذا وصل دماغه وصل جوفه لأن التحقيق أن بين جوف الرأس وجوف المعدة منفدا أصليا فمتى وصل إلى جوف الرأس يصل إلى جوف البطن

قوله (أو دخل حلقه مطر الخ) أما نحو الغبار فقال في الهندية لو دخل حلقه غبار الطاحونة أو طعم الأدوية أو غبار العدس وأشباهه أو الدخان أو ما سطع من غبار التراب بالريح أو بحوافر الدواب وأشباه ذلك لم يفطر ا هـ

قوله (ولم يبتلعه بصنعه) أما إذا ابتلعه بصنعه وجبت الكفارة وقد مر

قوله (والمرفوع في الخطا الإثم) أشار به إلى الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ أو النسيان وما استكرهوا عليه فإن ظاهره يقتضي عدم الإفطار بالخطأ وأجيب بأن الرفع في الحديث متوجه على الإثم لا على رفع الصورة المتحققة حسا ولا على رفع الحكم بالإفطار

قوله (من زوجته) من مدخول المبالغة أي ولو كان الإكراه من زوجته كذا تعطيه عبارة الشرح وقد مر

---

(١) حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص/١٦٤

قوله (لا يدل على الطواعية) لوجوده حالة النوم ومن الرضيع كذا في الشرح

قوله (لأنه بعد الفساد) أي لأن الطوع الواقع منها إنما صدر بعد أفساد صومها مكرهة

قوله (خوفا على نفسها) أي خوفا ارتقى إلى غلبة الظن وليس المراد مجرد التوهم

قوله (أمة كانت أو منكوحة) وللأمة أن تمتنع من الائتمار بأمر المولى إذا كان يعجزها عن أداء الفرائض لأنها مبقاة على أصل الحرية في حق الفرائض ا هـ من الشرح وإذا علم الحكم في الأمة يعلم الحكم في الحرة بالأولى

قوله (أو صب أحد في جوفه ماء وهو نائم) إنما ذكرت لدفع توهم أن النائم كالناسي ولا إفطار فيه

قوله (وليس كالناسي) أي وليس النائم كالناسي في الحكم حتى لا يفطر لأن الناسي للتسمية تحل ذبيحته لأن الشارع نزله منزلة الذاكر بخلاف المجنون والنائم أي وحيث ثبت فرق بينهما في بعض الأحكام فلا يجري حكم أحدهما على الآخر إلا بدليل ولم يوجد

قوله (أو أكل) أي أو شرب منح

قوله (لقيام الشبهة) تعليل لسقوط الكفارة المعلوم من المقام

قوله (نظرا) أي بالنظر وهو تعليل لقوله قيام

قوله (بأكله ناسيا) متعلق بقوله فطره أي أن الاشتباه استند إلى القياس أي دليل القياس لأن القياس فطره بأكله ناسيا والنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم فليتم صومه مخالف للقياس فوجدت الشبهة الشرعية بالنظر للقياس فالقياس نفي صفة الصوم فلم يبق الصوم حتى يفسد بالإفطار

قوله (ولم تنتف الشبهة) دخول على قوله ولو علم الخبر أي لا تلزمه الكفارة ولا تكون الشبهة زائلة بعلمه الخبر

قوله (وهو القضاء) أي العمل الذي وجب بالخبر القضاء لأنه أمر بالإتمام فإذا لم يتم وجب القضاء أي ولو كان متواترا أو مشهورا لأوجب العلم والعمل فكان يفترض على المكلف اعتقاد عدم فطره ويجب إتمام الصوم ولو أوجب العلم لانتفت الشبهة ولزمت الكفارة

قوله (في ظاهر الرواية) وفي رواية تجب الكفارة كما في الفتح ا هـ من الشرح

قوله (ثم جامع عامدا) سواء ظن أن جماعه الأول يفطره أم لا على المعتمد

قوله (لما ذكرناه) أي من قيام الشبهة نظرا إلى فطره قياسا الخ والعلة لإسقاط الكفارة

قوله (وشرب وجامع) الواو فيهما بمعنى أو

قوله (لشبهة عدم صيامه) فكأنه

---

(١) ".

"الرجل زوجته أو جزءا منها انفسخ النكاح لما ذكرنا ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة يسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالمشتركة بينه وبين غيره وللابن أن يتزوج أمة أبيه لعدم ذلك فيه وإن تزوج جارية ثم ملكها ابنه ففيه وجهان أحدهما يبطل النكاح لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه في إبطال النكاح والثاني لا يبطل لأنه يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كما لو ملكها أجنبي فصل

النوع السابع منكوحة غيره والمعتدة منه والمستبرأة منه لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ ولقوله ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ولأن تزويجها يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرم أو من غير وطء لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا فلو جوزنا تزويجها لاختلط نسب المتزوج بنسب الواطىء الأول ولا يجوز نكاح المزني بها بالحمل إلا أن تضع فإن وطئت امرأة الرجل بشبهة أو زنى لم ينفسح نكاحه لأن النكاح سابق فكان أولى ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر يسقي

---

(٢) ".

" فصل

النوع الثامن الملاعنة تحرم على الملاعن ويذكر في بابه

النوع التاسع الزانية يحرم نكاحها حتى تتوب لقوله تعالى ﴿ والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ ولأنه لا يؤمن أن تلحق به ولدا من غيره فحرم نكاحها كالمعتدة ويحرم نكاحها في عدتها على الزاني وغيره لأن ولدها لا يلحق نسبه بأحد فيؤدي تزويجها إلى اشتباه النسب فأما الموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد

---

(١) حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص/٤٤٥

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣/٥٠

فهل يحرم فظاهر كلام الخرقي تحريمها على الواطئ لقوله في الذي تزوج امرأه في عدتهاله ان ينكحها بعد إنقضاء العدتين وذلك لأنه وطء في غير ملك أشبه الوطء المحرم ويحتمل أن لا تحرم على الواطىء لأن نسب ولدها لاحق به فأشبهت المعتدة من النكاح فصل

واختلف أصحابنا في الخنثى المشكل فقال أبو بكر لا يصح نكاحه ونص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الميموني لأنه مشكوك في حله للرجال والنساء فلم يحل كما لو اشتبهت الأجنبية بالأخت وقال الخرقي يرجع إلى قوله فإن قال إني رجل حل له النساء وإن قال أنا امرأة لأنه لم ينكح الارجلا لأنه معنى لايعرف إلا من جهته وليس فيه

---

(١) ".

"المطلقة في المرض التي لا ترث كالذمية والأمة والمختلعة وزوجة العبد لأنها غير وارثة وإن كانت وارثة كالحرة المسلمة يطلقها زوجها الحر في مرض موته فعليها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لأنها مطلقة بائن فتدخل في الآية ومعتدة ترث بالزوجية فلزمتها عدة الوفاة كالرجعية فإن كان طلاقه قبل الدخول أو موته بعد قضاء عدتها فلا عدة عليها وعنه عليها العدة من الوفاة لأنهما يرثانه بالزوجية والأول أصح لقوله تعالى ﴿ فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ ولأنها أجنبية تحل للأزواج فلم تلزمها العدة منه كما لو تزوجت غيره فصل

وإذا وطئت المرأة **بشبهة** أو زنى لزمتها العدة لأن العدة تجب لاستبراء الرحم وحفظا عن اختلاط المياه **واشتباه** الأنساب ولو لم تجب العدة لاختلط ماء الواطىء بماء الزوج ولم يعلم لمن الولد منهما فيحصل **الاشتباه** وعدتها كعدة المطلقة لأنه استبراء لحرة أشبه عدة المطلقة وعنه أن الزانية تستبرأ بحيضة لأن النسب لا يلحق الزاني وإنما المقصود معرفة براءة رحمها فكان بحيضة كاستبراء ام الولد إذا مات سيدها

---

(٢) ".

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٥٣/٣

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣١١/٣

"الجهالات إلى السنة ورجع إلى قول علي قال الخرقي وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين فعلى هذا كل معتدة من وطء في نكاح فاسد أو وطء شبهة لا يجوز للواطئ ولا لغيره نكاحها حتى تنقضي عدتها لأنها معتدة من وطء في غير ملك فحرمت قبل انقضاء عدتها كالزانية ويحتمل أن يباح للواطئ نكاحها في كل موضع يلحقه النسب لأن العدة إنما وضعت لصيانة الماء وحفظا للنسب عن الاشتباه والنسب هو الأحق فلم يمنع الواطئ نكاحها كالمعتدة من نكاحه الصحيح فصل

وإن وطئت المعتدة بشبهة أو زنى فلم تحمل أتمت عدة الأول ثم اعتدت للثاني لأنها لم تصر فراشا وإن حملت من الثاني أو أشكل الأمر فالحكم على ما ذكرنا في التي تحمل من زوج ثان فصل

وكل حمل لا يلحق بالزوج كحمل زوجة الطفل أو الخصي والمجبوب وأشباههم لا تنقضي عدتها من الزوج به لأننا تبينا أنه ولد لغيره فلم تنقض به عدة الزوج كما لو علمنا الواطئ وعنه أن عدة زوجة الصغير تنقضي بوضع الحمل وذكر أصحابنا في التي ولدت بعد أربع سنين منذ فارقها زوجها أن عدتها تنقضي به في وجه والصحيح الأول لما ذكرنا

(١) ".

"والثانية يحرم لأن ما حرم به الوطء حرم دواعيه كالعدة وإن وطئت زوجة الرجل أو مملوكته بشبهة أو زنى لم يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها وفي التلذذ بغير الوطء وجهان بناء على الروايتين فصل

ومن أراد بيع أمته ولم يكن يطؤها لم يلزمه استبراؤها لأنه قد حصل يقين برائتها منه فإن كان يطؤها ففيها روايتان إحداهما يجب لأن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف حين باع جارية له كان يطؤها قبل استبرائها قال ما كنت لذلك بخليق ولأن فيه حفظ مائه وصيانة نسبه فوجب عليه كالمشتري والثانية لا يجب لأنه يجب ، على المشتري فأغنى عن استبرائها البائع

فأما إن أراد تزوجها أو تزوج أم ولده لم يجز قبل استبرائها لأن الزوج لا يلزمه استبراؤها فإذا لم يستبرئها السيد أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وله تزويج أمته التي لا يطؤها من غير استبراء لأنها ليست فراشا له فصل

وإن مات عن أم ولده لزمها الاستبراء لأنها صارت فراشا وتستبرىء كما تستبرىء المسبية لأنه استبراء بملك اليمين وعنه تستبرىء بأربعة أشهر وعشر لما روي عن عمرو بن العاص أنه قال لا تفسدوا علينا

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣/٣١٨

". (١)

" فصل أحكام نكاح المرأة الزانية

فصل : وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين أحدهما : انقضاء عدتها فإن حملت من الزنا فقضاء عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وبهذا قال مالك و أبو يوسف و هو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وفي الأخرى قال يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم : [من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره] يعني وطء الحوامل وقول النبي صلى الله عليه و سلم : [لا توطأ حامل حتى تضع] صحيح وهو عام وروي سعيد بن المسيب [أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه و سلم ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجلدها مائة] رواه سعيد و [رأى النبي صلى الله عليه و سلم امرأة مجحا على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها قالوا نعم قال : لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له أم كيف يورثه وهو لا يحل له] أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا فيكون نكاحها باطلا فلم يصح كالموطوءة بشبهة وقال أبو حنيفة و الشافعي لا عدة عليها لأنه وطء لا تصير به المرأة فراشا فأشبه وطء الصغير

ولنا ما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الأنساب فكان بالتحريم أولى ولأنه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء والشرط الثاني : أن تترب من الزنا قاله قتادة و إسحاق و أبو عبيد وقال أبو حنيفة و مالك و الشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل وروي أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣/٣٣٥

ولنا قول الله تعالى : ﴿ الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ . إلى قوله . ﴿ وحرم ذلك على المؤمنين ﴾ وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك لقول النبي صلى الله عليه و سلم [التائب من الذنب كمن لا ذنب له] وقوله : [التوبة تمحو الحوبة] و [روي أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال أنكح عناقا ؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى : ﴿ الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ فدعاه رسول الله صلى الله عليه و سلم فتلا عليه الآية وقال : لا تنكحها] ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه فأما حديث عمر فالظاهر أنه استنابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كعدة المطلقة لأنه استبراء الحرة فأشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي موسى أنها تستبرأ بحيضه لأنه ليس من نكاح ولا شبهه نكاح فأشبه استبراء أم الولد إذا عتقت وأما التوبة فهي للإستغفار والندم والإقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها ؟ قال يريدها على ذلك فإن طاوعته فلم تتب وإن أبت فقد تابت فصار أحمد إلى قول ابن عمر ابتاعا له والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة ولا يحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في مراودتها على الزنا ؟ ثم لا يأمن ان أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المعصية فلا يحل التعرض لمثل هذا ولأن التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه فكذلك يكون هذا ." (١)

" فصول وجوب العدة وأقسام المعتدات وفروع من الفرقة بين الزوجين

فصل : وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم وقال أبو حنيفة : إن لم تكن من دينهم لم تلزمها لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين

ولنا عموم الآيات ولأنها بائن بعد الدخول أشبه المسلمة وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الأمصار منهم مالك و الثوري و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي ومن تبعهم إلا ما روي عن مالك أنه قال : تعتج من الوفاة بحيضة

ولنا عموم قول الله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة

---

(١) المغني، ٧/٥١٥

فصل : والمعتدات ثلاثة أقسام :

الأول : معتدة بالحمل وهي امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها حرة كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة لقول الله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾

والثاني : معتدة بالقروء وهي كل معتدة من فرقة في الحياة أو وطء في غير نكاح إذا كانت ذات قرء فعدتها القرء لقول الله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾

والثالث : معتدة بالشهور وهي كل من تعتد بالقرء إذا لم تكن ذات قرء لصغر أو إياس لقول الله تعالى ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ﴾ وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة اشهر للحمل وعدة الآيسة وكل من توفي عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقول الله تعالى : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾

فصل : وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن عباس أن عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم وقالوا : عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة في الحياة فأشبهت المطلقة وأكثر اهل العلم يقولون : عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب و سالم بن عبد الله و عروة و سليمان بن يسار و عمر بن عبد العزيز و الحسن و الشعبي و النخعي و الزهري و قتادة و خلاس بن عمرة وأبو عياض و مالك و الليث و الأوزاعي و الشافعي وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وأبان بن عثمان و إسحاق و ابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة ورواه ابن القاسم عن أحمد [لما روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي صلى الله عليه و سلم عدتها حيضة] رواه النسائي وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك وأن عثمان قضى به رواه النسائي و ابن ماجة

ولنا قول الله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع و [قول النبي صلى الله عليه و سلم : قرء الأمة حيضتان] عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا قال أبو بكر ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي فإنهما قالا عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع أنه قال عدة المختلعة عدة مطلقة وهو اصح عنه

فصل : والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبهذا قال الشافعي لأن وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحقوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فابيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض

فصل : والمزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة وبهذا قال الحسن و النخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهذا قول مالك وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : لا عدة عليها وهو قول الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب وقد روي عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك

ولنا أنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم إنما تجب لحفظ النسب لا يصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الأمة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة إليها داعية فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب ". (١)

" فصل انقضاء العدة مطلقا بوضع الحمل

فصل : وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطيء وغيره والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لأن نكاحها يفضي إلى اشتباه النسب فالواطيء كغيره في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما ." (٢)

" فصل ومسألة بيان من ينتشر إليه التحريم بسبب الرضاع

---

(١) المغني، ٩/٧٧

(٢) المغني، ٩/١٢٥

فصل : ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ثم ماتت فشربه صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرما وبه قال أبو ثور و الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وذلك لأنه لبن امرأة في حياتها فأشبه ما لو شربه وهي في الحياة

مسألة : قال : وإذا حلبت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلا خمس رضعات متفرقات في حولين حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها وإن أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها لأن اللبن من الحمل الذي هو منه

وجملة ذلك أن المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلا رضاعا محرماً صار الطفل المرتضع ابنا للمرضعة بغير خلاف وصار أيضا ابنا لمن ينسب الحمل إليه فصار في التحريم وإباحة الخلوة ابنا لهما وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما وإن نزلت درجتهم وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذي انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته وأولاد أولادها أولاد إخوته وأخواته وإن نزلت درجتهم وأم المرضعة جدته وأبوها جده وإخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده وأمه جدته وإخوته أعمامه وأخواته عماته وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم إليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل وفي التحريم به اختلاف ذكرناه في باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ما [روت عائشة أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت : والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه و سلم فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله صلى الله عليه و سلم فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته قال : ائذني له فإنه عمك تربت يمينك] قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : [حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب] متفق عليه

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاما هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال لا اللقاح واحد قال مالك : اختلف قديما في الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة فاستفتوا في ذلك فاختلفت عليهم ففارقوا زوجاتهم فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ولا إلى أعلى منه كأبيه وأمه وأعمامه وأخواله وخالاته وأجداده وجداته فلا يحرم على المرضعة نكاح

أبي الطفل المرتضع ولا أخيه ولا عمه ولا خاله ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخته

إذا ثبت هذا فإن شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين وهذا قول أكثر أهل العلم روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي صلى الله عليه و سلم سوى عائشة وإليه ذهب الشعبي و ابن شبرمة و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و أبو يوسف ومحمد و أبو ثور ورواية عن مالك وروي عنه إن زاد شهرا جاز وروي شهران

وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع في ثلاثين شهرا لقوله سبحانه : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء لأنه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل في الفصال وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم ويروى هذا عن عطاء و الليث و داود لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت يا رسول الله إنا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه و سلم : أرضعيه فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيرا خمس رضعات وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي صلى الله عليه و سلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة : والله ما ندري لعلها رخصة من النبي صلى الله عليه و سلم لسالم دون الناس رواه النسائي و أبو داود وغيرهما

ولنا قول الله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما [وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله إنه أخي من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : انظرن من إخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة] متفق عليه [وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام] أخرجه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي صلى الله عليه و سلم وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة فقد روينا عن علي وابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن وبه استدل على أنه

أقل مدة الحمل ستة أشهر وقد دل على هذا قول الله تعالى : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفا لهذه الآية إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم وقال ابن القاسم صاحب مالك : لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام : وكان قبل الفطام

ولنا قول الله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ وروي عنه عليه السلام : [لا رضاع إلا ما كان في الحولين] والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم

وقال القاضي : لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم ولا يصح هذا لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به واشترط الخرقي نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه أن يكون لبن حمل ينتسب إلى الواطىء إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين أو شبهة فأما لبن الزاني أو النافي للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقي وهو قول أبي عبد الله بن حامد ومذهب الشافعي وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة بينهما لأنه معنى ينشر الحرمة فاستوى في ذلك مباحة ومحظورة كالوطء يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم أن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء كذلك اللبن ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الوطء كصورة الإجماع ووجه القول الأول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها ويفارق تحريم ابنته من الزنا لأنها من نطفته حقيقة بخلاف مسألتنا ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب وتحريم الرضاع مبني على النسب ولهذا قال عليه السلام : [يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب] فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاع باللبن المباح وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضا لأنها ربيبته فإنها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك

فصل : وإذا وطيء رجلان امرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت الولد منه سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها وإن ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابنا لهما فالمرتضع في كل موضع تبع للمناسب فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وإن انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله لأنه بلبنه ارتضع وحرمته فرع على حرمته وإن لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو **لاشتباهه** عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغليبا للخطر لأنه يحتمل أن يكون منهما ويحتمل أن يكون أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر وقد اختلطت أخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلطت بأجنبيات وإن انتفى عنهما جميعا بأن تأتي به لدون شتة أشهر من وطئهما أو لأكثر من أربع سنين أو لدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضا فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ويحرم أولادهما عليها أيضا لأنها ابنة موطوءتهما فهي ربيته لهما ." (١)

" فصل : لا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال **الشبهة** في لفظ الشاهدين

فصل : ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال **الشبهة** في لفظ الشاهدين نحو ان يقولا نشهد أنه ضربه فقتله او فمات منه فان قالا ضربه بالسيف فمات او فوجدناه ميتا او فمات عقيبه او قالا ضربه بالسيف فأسال دمه او فأنهمر دمه فمات مكانه لم يثبت القتل لجواز أن يكون مات عقيب الضرب بسبب آخر وقد روي عن شريح أنه شهد عنده رجل بالقتل فقال : اشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح : فمات منه ؟ فأعاد الرجل قوله الاول فقال له شريح : قم فلا شهادة لك وإن كانت الشهادة بالجرح فقالا ضربه فأوضحه او فاتضح منه او فوجدناه موضحا من الضربة قبلت شهادتهما وإن قالا ضربه فاتضح رأسه أو وجدناه موضحا او فأسال دمه ووجدنا في رأسه موضحة لمن يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من تعيين الموضحة في إيجاب القصاص لأنه ان كان في رأسه موضحتان فيحتاجان الى بيان ما شهدا به منهما وإن كانت واحدة فيحتمل أن يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان هذه وان قالا اوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما وإن قالا لا نعلم قدرها او موضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب الدية لأنها لا تختلف باختلافها وإن قالا ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازلة وان قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز ان يسيل دمه بسبب آخر وإن قالا نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما

(١) المغني، ٩/٢٠٠

وثبت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يثبت القصاص لأنهما لم يعينا اليد التي يجب القصاص منها وتجب دية اليدين لانها لا تختلف باختلاف اليدين ." (١)

"لعلتين مختلفتين كقول الحنبلي فيما إذا قتل الحر عبدا المقتول عبد فلا يقتل به الحر كالمكاتب إذا قتل وترك وفاء ووإرثا مع المولى فإن أبا حنيفة يقول هنا إنه لا قصاص يلحق العبدية هنا بجامع الرق فلا يحتاج الحنبلي فيه إلى إقامة دليل على عدم القصاص في هذه الصورة لموافقة خصمه فيقول الحنفي في منع ذلك إن العلة إنما هي جهالة المستحق من السيد والورثة لا الرق لأن السيد والوارث وإن اجتمعا على طلب القصاص فإن الاشتباه لا يزول لاختلاف الصحابة. والقصاص ينتفي بالشبهة فهذه جهالة تصلح لدرء القصاص ولا يمنع علمنا بمستحق الإرث ومن هذا النوع ما يسمونه مركب الوصف وهو ما إذا كان الخصم موافقا على العلة لكن يمنع وجودها في الأصل كأن يقول في تعليق الطلاق قبل النكاح فلانة التي أتزوجها طالق فيقول الحنفي العلة التي هي كونه تعليقا مفقودة في الأصل. فإن قوله فلانة التي أتزوجها طالق تنجيز لا تعلىق فإن صح هذا بطل إلحاق التعليق به لعدم الجامع وإن منع حكم الأصل وهو عدم الوقوع في قوله فلانة كذا لأنه إنما منع الوقوع لأنه تنجيز ولو كان تعليقا به قلت ولنا في هذه المسألة رسالة مستقلة مشتملة على الأدلة والبراهين وبيان الخلاف فيها وليس كل من القسمين حجة عندنا وعند الأكثر وجوزه الأستاذ أبو إسحاق والقاضي أبو يعلى وابن عقيل وجمع.التاسع : أن لا نكون متعبدين بحكم الأصل بالقطع وهذا النوع فيه خلاف للأصوليين. وقال الآمدي في جدله من كتابه المنتهى مما يرجع إلى حكم الأصل من شروطه أن لا يكون متعبدا به بالعلم لأن القياس لا يفيد إلا الظن وحينئذ يتعذر القياس. ومنع الطوفي من أصحابنا هذا الشرط في شرحه مختصره ثم قال والصحيح في هذا ما قاله الإمام فخر الدين إذا كان تعليل الأصل قطعيا ووجود العلة في الفرع قطعيا كان القياس قطعيا متفقا عليه. قال الطوفي قلت وإذا جاز ذلك جاز ورود التعبد بالقياس بالقطع وحينئذ لا يكون ما ذكره الآمدي شرطا.العاشر : أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس إذ القياس عليه غير ممكن وذلك على ضربين أحدهما ما ورد غير معقول المعنى سواء كان مستثنى عن قاعدة عامة كتخصيص خزيمة بقيام شهادته وحده مقام نصاب الشهادة أو كان مبتدأ به من غير استثناء كالمقدرات من الحدود والكفارات ونصب الزكوات وأعداد الركعات. الضرب." (٢)

---

(١) المغني، ٤١/١٠

(٢) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، ص/١٥٦

"وإن أصابها بشبهة استأنفت العدة للوطء ودخلت فيها بقية الأولى وإن تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى يدخل بها فتنقطع حينئذ ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول واستأنفت العدة من الثاني وإن أتت بولد من أحدهما انقضت عدتها به منه ثم اعتدت للآخر أيهما كان (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + إذ اختلاف السبب لا يوجب التداخل وإن اتحد الحكم دليله الكفارات (وإن أصابها بشبهة استأنفت العدة للوطء) لأن الوطء قطع العدة الأولى وهو موجب للاعتداد والاحتياج إلى العلم ببراءة الرحم من الحمل (ودخلت فيها بقية الأولى) لأن الوطء بشبهة يلحق به النسب فدخلت بقية الأولى في العدة الثانية (وإن تزوجت في عدتها) لم يجز نكاحها إجماعا وسنده قوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب (ولم تنقطع عدتها) لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشا ولا تستحق عليه نفقة ولا سكنى لأنها ناشز (حتى يدخل بها فتنقطع حينئذ) سواء علم التحريم أو جهله لأنها تصير بالدخول فراشا لغيره بذلك وهو يقتضي ألا تبقى في عدة غيره (ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول) لأن حقه أسبق ولأن عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح (واستأنفت العدة من الثاني) ولا تتداخل العدتان رواه مالك والشافعي والبيهقي بإسناد جيد عن عمر وعلي ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة ولأنهما حقان مقصودان لآدميين كالديتين ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كالزوجة (وأن أتت بولد من أحدهما) عينا أو ألحقته به قافة وأمكن أن تأتي به لستة أشهر فأكثر من وطء الثاني نقله الجماعة ولأربع سنين فأقل من بينونة الأول لحقه (وانقضت عدتها به منه) لأن عدة الشخص تنقضي بوضع حمله وقد وجد (ثم اعتدت للآخر أيهما كان)

١-

(١) ".

"تنبيه: من لا ينتحل دينا كالدهري والزنديق الذي لا يتدين بدين وعابد الوثن لا يشرع في حقهم تغليظ بل يلاعنون في مجلس الحكم لانهم لا يعظمون زمانا ولا مكانا فلا ينزجرون.قال الشيخان: ويحسن أن يحلف من ذكر بالله الذي خلقه ورزقه.لانه وإن غلا في كفره وجد نفسه مذعنة لخالق مدبر، ويسن التغليظ أيضا (في جماعة) أي بحضور جمع عدول (من) أعيان (الناس) وصلحائهم من بلد اللعان لقوله

---

(١) المبدع، ١٣٥/٨

تعالى: * (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) * ولان فيه ردعا عن الكذب وأقلهم كما في المنهاج كأصله أربعة لثبوت الزنا بهم فاستحب أن يحضر ذلك العدد، ويبدأ في اللعان بالزوج فيقول: (أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة) هذه (من الزنا) إن كانت حاضرة فإن كانت غائبة عن البلد أو مجلس اللعان لمرض أو حيض أو نحو ذلك، سماها ورفع نسبها بما يميزها عن غيرها دفعا للاشتباه.وإن كان ثم ولد ينفيه عنه ذكره في كل كلمات اللعان الخمسة الآتية لينتفي عنه فيقول في كل منها: (وإن هذا الولد) إن كان حاضرا أو: لان الولد الذي ولدته إن كان غائبا (من الزنا وليس) هو (مني) لان كل مرة بمنزلة شاهد فلو أغفل ذكر الولد في تنبيه: قضية كلامه إنه لو اقتصر بعض الكلمات احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه على قوله: (من الزنا) ولم يقل ليس مني أنه لا يكفي، قال في الشرح الكبير وبه أجاب كثيرون لانه قد يظن أن وطئ النكاح الفاسد والشبهة زنا ولكن الراجح أنه يكفي.كما صححه في أصل الروضة والشرح الصغير حملا للفظ الزنا على حقيقته وقضيته أيضا أنه لو اقتصر على قوله ليس مني لم يكف، وهو الصحيح لاحتمال أن يريد أن لا يشبهه خلقا ولا خلقا، فلا بد أن يسنده مع ذلك إلى سبب معين كقوله من زنا أو وطئ شبهة.ويكرر ذلك (أربع مرات) للآيات السابقة أول الفصل وكررت الشهادة لتأكيد الامر.لانها أقيمت مقام أربع شهود من غيره ليقام عليها الحدولذلك سميت شهادات وهي في الحقيقة أيمان، وأما الكلمة الخامسة الآتية فمؤكدة لمفاد الاربع (ويقول في المرة الخامسة بعد أن يعظه الحاكم) ندبا بأن يخوفه من عذاب الله تعالى، وقد قال (ص) لهلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ويأمر رجلا أن يضع يده على فيه لعله ينزجر فإن أبى بعد مبالغة الحاكم في وعظه إلا المضي قال له: قل: (وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين) فيما رميتها به من الزنا ويشير إليها في الحضور ويميزها في الغيبة كما في الكلمات الاربع.تنبيه: كان من حق المصنف أن يذكر هذه الزيادة لئلا يتوهم أن الخامسة لا يشترط فيها ذكر ذلك، وسكوته أيضا عن ذكر الولد في الخامسة يقتضي أيضا أنه لا يشترط في نفيه ذكره فيها.وليس مرادا كما مر أنه لا بد من ذكره في الكلمات الخمس وسكت أيضا عن ذكر الموالاة في الكلمات الخمس والاصح اشتراطها كما في الروضة فيؤثر الفصل الطويل وهذا كله إن كان قذف ولم تثبته عليه ببينة.وإلا بأن كان اللعان لنفي ولد كأن احتمل كونه من وطئ شبهة وأثبتت قذفه ببينة قال في الاول فيما رميتها به من إصابة غيري لها على فراشي، وأن هذا الولد من تلك الاصابة إلى الكلمات وفي الثاني فيما أثبتت على من رمي إياها بالزنا إلى آخره.ولا تلاعن المرأة في الاول إذ لا حد عليها بهذا اللعان حتى تسقطه بلعانها.القول فيما يرتب على لعان الرجل (ويتعلق بلعانه) أي بتمامه من غير توقف عى لعانها ولا قضاء القاضي كما في

الروضة.(خمسة أحكام) وعليها اقتصر في المنهاج وذكر في الزوائد زيادة عليها كما سيأتي مع غيرها.الاول (سقوط الحد) أي سقوط حد قذف الملاعنة (عنه) إن كانت محصنة وسقوط التعزير عنه إن لم تكن محصنة ولا يسقط حد قذف الزاني عنه إلا إن ذكره في لعانه.تنبيه: كان الاولى أن يعبر بالعقوبة بدل الحد ليشمل التعزير (و) الثاني (وجوب الحد) أي حد الزنا (."(١)

"وجلدها مائة رواه سعيد ورأي النبي صلى الله عليه وسلم امرأة على باب فسطاط فقال لعله يريد ان يلم بها قالوا نعم قال (لقد همت ان العنه لعنة تدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ ام كيف يورثه وهو لا يحل له؟) اخرجه مسلم ولانها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لانها في الاصل لمعرفة براءة الرحم ولانها قبل العدة يحتمل ان تكون حاملا فلم يصح نكاحها كالموطؤة بشبهة وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليها لانه وطئ لا تصير به فراشا اشبه وطئ الصغير ولنا ما ذكرناه وإذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها الولى ولان وطئ الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب وغيرها يحتمل ان يكون ولدها من الاول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الانساب فكان التحريم أولى ولانه وطئ في القبل فأوجب العدة كوطئ الشبهة ولا يسلم وطئ الصغير الذي يمكنه الوطئ (والشرط الثاني) ان تتوب من الزنا وبه قال قتادة واسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفةومالك والشافعي لا يشترط ذلك لا روي ان عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص ان يجمع بينهما فأبي الرجل وروي ان رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال يجوز أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه اكان يجوز ولنا قول الله عزوجل وحرم ذلك على المؤمنين وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا ثابت زال." (٢)

"(مسألة) (وعده الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك المزني بها وعنه أنها تستبرأ بحيضة) وبهذا قال الشافعي لان وطئ الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطئ في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وان وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل قضاء عدتها كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهينلانها زوجة حرم وطؤها لعارض يختص بالفرج فابيح الاستمتاع منها بما دونه كالحيض (والثاني) لا تحل لان ما حرم الوطئ حرم دواعيه كالاحرام (فصل) كذلك المزني بها عدتها عدة الموطؤة بشبهة وبهذا قال الحسن والنخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهو قول مالك لان

---

(١) الإقناع، ١٢٣/٢

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٠٣/٧

المقصود به معرفة البراءة من الحمل فاشبه استبراء الامة، وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لا عدة عليها وهو قول الثوري والشافعي و أصحاب الرأي لان العدة لحفظ النسب وقد روي عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك ولنا انه وطئ يقتضي شغل الحرم فوجبت العدة منه كوطئ **الشبهة** ولنا وجوبها كعدة المطلقة فلانها حرة فاشبهت الموطؤة **بشبهة**، وقولهم انما تجب لحفظ النسب قلنا لو وجب لذلك لما وجب على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الامة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجب كذلك." (١)

"(فصل) وان وطئت المعتدة **بشبهة** أو غيرها أتت عدة الاول ثم استأنف العدة من الوطئ، إنما كان كذلك لان العدتين من رجلين لا يتداخلان لكونهما حقين لرجلين أشبه الدينين فتم عدة الاول وتجب للثاني عدة كاملة بعد قضاء عدة الاول(مسألة) (وان كانت بائنا فأصابها المطلق عمدا فكذلك) لانها قد صارت اجنبية منه فأشبه وطئ الاجنبي، وان أصابها **بشبهة** استأنفت العدة من الوطئ ودخلت فيها بقية الاولى لان الوطئ **بالشبهة** يلحق به النسب فدخلت بقية الاولى في العدة الثانية (مسألة) (وان تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى تدخل بها فتنقطع حينئذ) وجملة ذلك ان المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها اجماعا لقول تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يلغ الكتاب أجله) ولان العدة انما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه **واشتباه** الانساب فان تزوجت فالنكاح باطل لانها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الاول فكان نكاحا باطلا كما لو تزوجت وهي في نكاحه، ويجب أن يفرق بينه وبينها فان لم يدخل بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثاني لانه باطل لا تصير به المرأة فراشا ولا يستحق عليه بالعقد شئ وتسقط نفقتها وسكناها عن الزوج الاول لانها ناشز، وان وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله، وقال أبو حنيفة لا ينقطع لان كونها فراشا لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت **بشبهة** وهي زوجة فانها تعتد وان كانت فراشا للزوج،." (٢)

"بينهما ثم قال.أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها يفرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبدا وروى باسناده عن علي انه قضي في التي يتزوج في عدتها في انه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما افسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لها في الصحابة مخالف ولانهما

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٩/١٣٠

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٩/١٣٦

حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ولانه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجزان تكون المرأة في حبس رجلين كالزوجة (مسألة) (وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره) قال شيخنا والاولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ان كان يلحقه نسب والدها لان العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك ابيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لانه يقضي إلى اشتباه النسب فالواطئ كغيره في ان النسب لا يلحق بواحد منهما.(مسألة) (وان أتت بولد من احدهما انقضت عدتها منه ثم اعتدت للآخر ايهما كان)." (١)

"ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لانه عدل فيما قبل الدخول بانها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ههنا ولا يصح قولهم ان الاستبراء من رجلين فان السيد ههنا ليس له استبراء.(فصل) إذا كانت الامة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل آخر اجزأ استبراء واحد لانه يحصل به معرفة البراءة، فان قيل فلو اعتقاها الزمتموها استبراءين قلنا وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطئ ولذلك لو اعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطئ من اثنين فلزمها حكم وطئها وفي مسئلتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب ان يتجدد الاستبراء الثاني إذا وطئ امته ثم أراد تزويجها لم يجزئ حتى يستبرئها، وان أراد بيعها فعلى روايتين، وان لم يكن بائعها يطؤها لم يجب استبراؤها في الموضعين.اما إذا أراد تزويجها وكان يطؤها وجب عليه استبراؤها قبل تزويجها وجها واحدا لان الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وهو قول الثوري والشافعي وقال أصحاب الرأي ليس عليها استبراء لان له بيعها فكان له تزويجها كالتي لا يصيبها وتستبرئ بحيضة وقال عطاء وقتادة عدتها حيضتان كعدة الامة المطلقة.ولنا انها فراش لسيدها فلم يجز ان تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولانها موطؤة وطأ له حق فلزمه استبراؤها قبل التزويج كالموطوء بشبهة، ولانه يفضي إلى أن يطأها سيدها اليوموزوجها غدا فيفضي إلى اختلاط المياه وهذا لا يحل ويفارق البيع فانها لا تصير للمشتري فراشا حتى يستبرئها فلا يفضي إلى اختلاط المياه، ولهذا يصح بيع المزوجة والمعتدة بخلاف تزويجها على أن لنا." (٢)

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٩/١٣٨

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٩/١٨١

"وقال أبو الخطاب في الولد المنفي باللعان انه في تحريم الرضاع على الملاعن كتحريم ولد الزنا على الزاني، قال شيخنا ويحتمل ان لا يثبت حكم الرضاع في حق الملاعن بحال لانه ليس بولده حقيقة ولا حكما، فاما المرضعة فان الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع وكذلك يحرم جميع أولادها واقاربها الذين يحرمون على إولادها على هذا المرتضع كما في الرضاعة باللبن المباح، وان كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضا لانها ربيته فانها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من برى تحريم المصاهرة وكذلك تحريم بناتها وبنات المرضع من العلماء كذلك (مسألة) (وان وطئ رجلان امرأة بشبهة فاتت بولد فارضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن يثبت نسب المولود منه سواء ثبت بالقافة أو بغيرها) لان تحريم الرضاع فرع على ثبوت النسب وان الحق بهما كان المرتضع ابنا لهما لان المرتضع فيكل موضع تبع للمناسب فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وان لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع في حقهما وإذا لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم أو نحو ذلك حرم عليهما تغليبا للحظر فانه يحتمل ان يكون منهما ويحتمل ان يكون ابن أحدهما فيحرم عليه اقاربه دون اقارب." (١)

"

وقال الأزجي في نهايته هذا قياس المذهب كما قلنا في اشتباه الأواني الطاهرة بالنجسة وقدمه أبو الخطاب في الانتصار في مسألة اشتباه الأواني وقد قال أحمد لا يعجبني أن يأكل منه وسأل المروذي أبا عبدالله عن الذي يعامل بالربا يؤكل عنده قال لا قد لعن رسول الله آكل الربا وموكله وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوقوف عند الشبهة ومراده حديث النعمان بن بشير متفق عليه وقال أنس إذا دخلت على مسلم لا يتهم فكل من طعامه واشرب منه شرابه ذكره البخاري وعن الحسن ابن علي مرفوعا دع ما يريبك إلى ما لا يريبك رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه

(والثاني) إن زاد الحرام على الثلث حرم الكل وإلا فلا قدمه في الرعاية لأن الثلث ضابط في مواضع

(والثالث) إن كان الأكثر الحرام حرم وإلا فلا إقامة للأكثر مقام الكل لأن القليل تابع قطع به ابن الجوزي في المنهاج وذكر شيخنا إن غلب الحرام هل تحرم معاملته أو تكره على وجهين وقد نقل الأثرم وغير واحد عن الإمام أحمد فيمن ورث مالا إن عرف شيئا بعينه رده وإذا كان الغالب على ماله الفساد تنزه عنه أو نحو ذلك ونقل عنه حرب في الرجل يخلف مالا إن كان غالبه نهبا أو ربا ينبغي لوارثه أن يتنزه عنه

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٩٥/٩

إلا أن يكون يسيرا لا يعرف ونقل عنه أيضا هل للرجل أن يطلب من ورثة إنسان مالا مضاربة ينفعهم وينتفع قال إن كان غالبه الحرام فلا

(والرابع) عدم التحريم مطلقا قل الحرام أو كثر لكن يكره وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته وجزم به في المغني وغيره وقدمه الأزجي وغيره (م ٢) (١) (مسألة ٢) قوله وإذا شك في تحريم المال وعلم أن فيه حراما وحلالا كمن في ماله هذا وهذا فقيل بالتحريم قطع به شرف الإسلام عبد الوهاب بن أبي الفرج في كتاب

١-

(١) ".

"وفضله يقول هي أحب إلي من صلة الإخوان

ومن دفع جائزته إلى آخر فعند أحمد لا يكره للثاني لأنه إنما كره للأول للمحاباة ولا فرق عند عبدالوهاب ويتوجه (((الوهاب))) نخريجه (((وتتوجه))) عن أحمد لأجل الشبهة فصل وإن أراد من معه حلال وحرام أن يخرج من إثم الحرام أو يتصرف فنقل جماعة التحريم إلا أن يكثر الحلال واحتج بخبر عدي ابن حاتم في الصيد السابق كذا قال مع أنه لا فرق عنده في الصيد بين القلة والكثرة وعنه أيضا إنما قلته في درهم حرام مع آخر وعنه أيضا في عشرة فأقل لا تجحف به وقال في الخلاف في مسألة اشتباه الأواني الطاهرة بالنجسة ظاهر مقالة أصحابنا يعني أبا بكر وأبا علي النجاد وابا إسحاق يتحرى في عشرة ظاهرة (((طاهرة))) فيها إناء نجس لأنه قد نص على ذلك في الدراهم فيها درهم حرام فإن كانت عشرة أخرج قدر الحرام منها وإن كانت أقل امتنع من جميعها قال ويجب أن لا يكون هذا حدا وإنما يكون الاعتبار بما كثر عادة وقيل له بعد ذلك قد قلتم إذا اختلط درهم حرام بدراهم يعزل قدر الحرام ويتصرف في الباقي فقال إن كان للدراهم مالك معين لم يجز أن يتصرف في شيء منها منفردا وإلا عزل قدر الحرام وتصرف في الباقي وكان الفرق بينهما أنه إذا كان معروفا فهو شريك معه فهو يتوصل إلى مقاسمته وإذا لم يكن معروفا فأكثر ما فيه أنه مال للفقراء فيجوز له أن يتصدق به واختار القاضي في موضع

---

(١) الفروع، ٢/٥٠٢

آخر والأصحاب والشيخ أن كلام أحمد ليس للتحديد وأن الواجب إخراج قدر الحرام (م ٣) لأنه لم (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

(مسألة ٣) قوله وإن أراد من معه مال حلال وحرام أن يخرج من إثم الحرام أو يتصرف فنقل جماعة التحريم إلا أن يكثر الحلال وعنه أيضا إنما قلته في درهم حرام مع آخر وعنه أيضا في عشرة فأقل لا تجحف به وقال القاضي في الخلاف الاعتبار بما كثر عادة واختار القاضي في موضع آخر والأصحاب والشيخ أن كلام أحمد ليس للتحديد وأن الواجب إخراج قدر الحرام انتهى (قلت) هذا هو الصواب وهو المذهب فإذا فعل ذلك وتصرف خرج من الإثم وجاز له التصرف والله أعلم

(تنبيه) حصل في كلام المصنف تكرار فإنه ذكر ما هنا بعينه في أول باب الشركة وحصل في كلامه في الموضعين نظر من وجوه منها قوله هنا نقل جماعة التحريم إلا أن يكثر

١-

(١) ".

"

وقيل تعتد للشبهة أولا ثم تعتد له ثانيا وهو احتمال في المحرر واختاره بن عبدوس في تذكرته

قال في الرعاية الكبرى وهو أقيس

وفي رجعته قبل عدته وجهان

وأطلقهما في الفروع

أحدهما ليس له ذلك قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير وجزم به بن عبدوس في تذكرته وصححه بن نصر الله في حواشيه

والوجه الثاني له ذلك

وفي وطء الزوج إن حملت منه وجهان وهما احتمالان في الرعاية والحاوي

وأطلقهما في الفروع والرعايتين والحاوي الصغير

وقدم في الرعاية الكبرى صحة تحريم الوطء

وصحح بن نصر الله في حواشي الفروع عدم التحريم

---

(١) الفروع، ٥٠٦/٢

الثانية كل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة **بشبهة** أو في نكاح فاسد قياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره في العدة قاله الشارح

وقال قال المصنف والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائة وصيانة نسبه

ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لأنه يفضي إلى **اشتباه** النسب

وتقدم حكم ذلك في باب المحرمات في النكاح بعد قوله وتحرم الزانية حتى تتوب مستوفى فليعاود

قوله وإن تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى يدخل بها

". (١)

"

وإن وطيء رجلان امرأة **بشبهة** فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت نسب المولود منه بلا نزاع

وإن ألحق بهما كان المرتضع ابنا لهما بلا خلاف

زاد في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة والترغيب وغيرهم فقالوا وكذا الحكم لو مات ولم يثبت نسبه فهو لهما

قلت وهو صحيح

قوله وإن لم يلحق بواحد منهما

إما لعدم القافة أو لأنه أشكل عليهم

ثبت التحريم بالرضاع في حقهما

كالنسب وهو أحد الوجهين والمذهب منهما

قلت وهو الصواب

وجزم به في المحرر والحاوي الصغير

والوجه الآخر هو لأحدهما مبهما فيحرم عليهما اختاره في الترغيب

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٢٩٨/٩

قال في المغني والكافي وتبعه الشارح وإن لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو **لاشتباهه** عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغليبا للحظر

وجزم به بن رزين في شرحه وبن منجا وأطلقهما في الفروع

قوله وإن ثاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم

قال جماعة منهم بن حمدان في رعايتيه أو من وطء تقدم

لم ينشر الحرمة نص عليه في لبن البكر

وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب

قال في الفروع لم ينشر الحرمة في ظاهر المذهب

قال الزركشي وهو المنصوص والمختار للقاضي وعامة أصحابه

قال ناظم المفردات عليه الأكثر

". (١)

"

وإن قلنا هنا ينشر على الرواية التي ذكرها بن أبي موسى فهل ينشر الحرمة هنا لبن الخنثى المشكل فيه وجهان

هذه طريقة صاحب المحرر والحاوي والفروع وهي الصواب

والصواب أيضا عدم الانتشار ولو قلنا بالانتشار من المرأة وهو ظاهر كلام المصنف

وظاهر كلامه في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة وغيرهم أن الخلاف في الخنثى مطلقا

ولذلك ذكروا المسألة من غير بناء فقالوا لو ارتضع من كذا وكذا ومن خنثى مشكل لم ينشر الحرمة

وقال بن حامد يوقف أمر الخنثى حتى يتبين أمره

ولهذا قال في الرعايتين ولا تثبت حرمة لبن رجل وخنثى

وقيل يقف أمره حتى ينكشف

وقيل إن حرم لبن بغير حبل ولا وطء ففي الخنثى المشكل وجهان انتهى

فعلى قول بن حامد يثبت التحريم إلا أن يتبين كونه رجلا قاله المصنف والشارح

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٣١/٩

قال في المستوعب فيكون هذا الوقوف عن الحكم بالبنوة والأخوة من الرضاع يوجب تحريما في الحال من حيث الشبهة وإن لم تثبت الأخوة حقيقة كاشتباه أخته بأجانب

وقال في الرعاية الكبرى فعلى قول بن حامد لا تحريم في الحال وإن أيسوا منه بموت أو غيره فلا تحريم

قوله ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشرطين

أحدهما أن يرتضع في العامين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم تثبت

---

(١) ".

".ولا لعبد أن يتزوج بأكثر من اثنتين(١) (وتحرم المعتدة) من الغير(٢) لقوله تعالى: ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ (٣).(و) كذا (المستبرأة من غيره)(٤) لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا، فيفضي إلى اختلاط المياه(٥) واشتباه الأنساب(٦) (و) تحرم (الزانية) على زان وغيره(٧) (حتى تتوب(٨) وتنقضي عدتها)(٩).______________(١) وهو قول عمر: وعلي، وغيرهما، ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي. ولا خلاف في جواز الجمع بين اثنتين له، ولمن نصفه حر فأكثر جمع ثلاث، ومن طلق واحدة من نهاية جمعه، حرم عليه تزوج بدلها، حتى تنقضي عدتها، نص عليه، إذا كان الطلاق بائنا أو فسخا. وقال مالك والشافعي: لا يحرم، وإن كان رجعيا فلا يجوز إجماعا.(٢) وقال ابن رشد: اتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة، سواء كانت عدة حيض، أو عدة حمل، أو عدة أشهر، وهذا النوع الثاني من المحرمات إلى أمد، وهن المحرمات لعارض يزول.(٣) أي لا تحققوا العزم على عقد النكاح حتى تنقضي العدة، وسماها كتابا،(٤) لأنها في معنى المعتدة، وسواء كانت العدة والاستبراء من وطء مباح، أو محرم، أو من غير وطء.(٥) أي ماء المتزوج، بماء الواطئ الأول.(٦) أي نسب المتزوج بنسب الواطئ الأول، ولذلك لا يجوز نكاح المرتابة بالحمل بعد العدة لذلك.(٧) إذا علم زناها، لقوله تعالى: ﴿ وحرم ذلك على المؤمنين ﴾ .(٨) نص عليه، وعنه: لا يشترط، وهو مذهب جمهور العلماء، مالك والشافعي، وأبي حنيفة وغيرهم، لما روي أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما، وقال ابن عباس: يجوز.(٩) من فراغ وطء، كموطوءة بشبهة، أو بوضع الحمل من الزنا،

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٩/٣٣٣

إن حملت منه، لقوله صلى الله عليه وسلم «لا توطأ حامل حتى تضع» وهو قول مالك، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ولأنها حامل من غيره، فحرم نكاحها، كسائر الحوامل.." (١)

"أو ما يقرر الصداق مما تقدم(١) (يجب المسمى) لها في العقد(٢) قياسا على الصحيح(٣) وفي بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها، بما أصاب منها»(٤) (ويجب مهر المثل من وطئت) في نكاح باطل مجمع على بطلانه، كالخامسة، والمعتدة(٥) أو وطئت (بشبهة(٦)_____________(١) كلمسها بشهوة، ونحوه مما تقدم.(٢) نص عليه، وعنه: مهر المثل، وهي أصح، اختاره الموفق، والشارح، وغيرهما، لقوله «فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها».(٣) أي على النكاح الصحيح، لاتفاقهما على أنه المهر، واستقراره بالخلوة.(٤) قال القاضي: حدثناه أبو بكر البرقاني، وأبو محمد الخلال، بإسنادهما.(٥) إن جهلت التحريم، أما إن كانت الخامسة أو المعتدة عالمة، مطاوعة فلا مهر لها، لأنه زنا يوجب الحد، وقيد شارح الإقناع المعتدة من غير زنا، وإلا فمختلف فيه.(٦) إن لم تكن حرة عالمة مطاوعة، كمن ظنها زوجته، قال الموفق وغيره: بغير خلاف علمناه، وظاهر كلام الشيخ: لا يجب، لأنه قال: البضع إنما يتقوم على زوج أو شبهه، فيملك به. اهـ.والشبهة ثلاثة أقسام، شبهة عقد، وشبهة اعتقاد، وشبهة ملك، فأما عقد النكاح فلا ريب فيه لا المشتراة، ولا في الاشتباه عليه، وينبغي في الاشتباه عليها، ومكاتبته والمشتركة تضمن بالقيمة، وإن تكرر الوطء في نكاح الشبهة فمهر واحد.." (٢)

"بيع وبعد استبرائها ثم رجعت إليه السرية بنحو بيع فالنكاح بحاله لا ينفسخ بذلك لصحته وقوته ولا تحل له السرية حتى تبين الزوجة وتنقضي عدتها وكذا لا يحل له وطء الزوجة حتى يحرم السرية كما تقدم ومن وطئ امرأة بشبهة أو زنا حرم في زمن عدتها نكاح أختها أو عمتها أو خالتها ونحوهما ويحرم عليه وطؤها أي أخت موطوءته بشبهة أو زنا وعمتها ونحوها ان كانت زوجة أو أمة له ويحرم عليه أن يزيد على ثلاث غيرها أي الموطوءة بشبهة أو زنا بعقد فان كان معه ثلاث زوجات لم يحل له نكاح رابعة حتى تنقضي عدة موطوءة بشبهة أو زنا أو وطء أي لو كان له أربع زوجات ووطئ امرأة بشبهة أو زنا لم يحل له أن يطأ منهن أكثر من ثلاث حتى تنقضي عدة موطوءته بشبهة أو زنا لئلا يجمع ماؤه في أكثر من أربع نسوة ولا يحل نكاح موطوءة بشبهة في عدتها كمعتدة من نكاح الا من واطئ لها بشبهة فيحل له أن يتزوجها لأن منعها من النكاح لا فضائه إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وهو مأمون هنا لأن النسب

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١١/٢٧٠

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١١/٣٥٤

كما يلحق في النكاح الصحيح يلحق في وطء الشبهة أشبه مالو نكح معتدته من طلاق ولا يحل نكاح موطوءة بشبهة لواطئ كغيره ان لزمتها عدة من غيره أي الواطئ بشبهة حتى تنقضي العدتان كما في المحرر وغيره قال ابن نصر الله والقياس ان له نكاحها إذا دخلت في عدة وطئه وصاحب المغني أشار إليه وليس لحر جمع أكثر من أربع زوجات لأنه صلى الله عليه وسلم قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة أمسك أربعا وفارق سائرهن وقال نوفل ابن معاوية أسلمت وتحتي خمس نسوة فقال النبي صلى الله عليه وسلم فارق واحدة منهن رواه الشافعي في مسنده فإذا منع استدامة ما زاد على أربع فالابتداء أولى وقوله تعالى ٨ ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ أريد به التخيير بين اثنين وثلاث وأربع كما قال تعالى ﴿ أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع ﴾ ولم يرد أن لكل تسعة أجنحة ولو أراده لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال خلاف ذلك فقد جهل اللغة العربية الا النبي صلى الله عليه وسلم فكان له أن يتزوج بأي عدد شاء تكرمة له من الله تعالى ومات عن تسع وفسخ تحريم المنع وهو قوله تعالى ﴿ لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ﴾ بقوله تعالى ﴿ ترجي من تشاء منهن وتؤوي إليك من تشاء ﴾

(١) ".

"تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ و تحرم عليه مستبرأة منه أي غيره لأنها في معنى المعتدة ويفضي تزوجها إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وسواء كانت العدة أو الاستبراء من وطء مباح أو محرم أو من غير وطء لانه لا يؤمن أن تكون حاملا و تحريم زانية على زان وغيره حتى تتوب لقوله تعالى ﴿ والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ لفظه لفظ الخبر والمراد لنهي وقوله ﴿ والمحصنات من المؤمنات ﴾ أي العفائف فمفهومه أن غير العفيفة لاتباح وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن مرثد بن أبي مرثد الغنوي كان يحمل الأسارى بمكه وكان بمكة بغي يقال لها عناق وكانت صديقته قال فجئت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله أنكح عناقا قال فسكت عني فنزلت ﴿ والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ فدعاني فقرأها علي وقاله تنكحها رواه أبو داود الترمذي والنسائي وتوبة الزانية بأن تراود على الزنا فتمتنع نصاروي عن عمر وابن عباس فإن تابت وانقضت عدتها حلت لزان كغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمرو وابنه وابن عباس وجابر وعن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٦٥٨

لا تحل لزان بحال فيحتمل أنهم أرادوا قبل التوبة أو الاستبراء فهو كقولنا و تحرم عليه مطلقته ثلاثا حتى تنكح زوجا غيره و حتى تنقضي عدتهما أي الزانية والمطلقة ثلاثا من زوج نكحته لقوله تعالى ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ والمراد بالنكاح هنا الوطء لقوله صلى الله عليه وسلم لامرأة رفاعة لما أرادت أن ترجع إليه بعد أن طلقها ثلاثا وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير لا حتى تذوق عسيلته وعدة زانية من فراغ وطء كموطوءة بشبهة وتقتضي عدتها بوضع حملها من زنا إن كان ذكره في الشرح و تحرم محرمة حتى تحل من إحرامها لحديث عثمان مرفوعا لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب رواه الجماعة إلا البخاري ولم يذكر الترمذي الخطبة ولأنه ولأنه عارض منع الخطيب فمنع النكاح كالعدة وتحرم مسلمة على كافر حتى يسلم لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ﴾ وقوله ﴿ فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ﴾ و تحرم على مسلم ولو عبدا كافرة لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾

". (١)

"متزوجا بأربع ووطيء امرأة بشبهة أو زنا فإنه (لا) يجوز له أن (يطأها) أي الرابعة من نسائه

فإذا وطيء ثلاثا منهن وجب عليه الإمساك عن الرابعة حتى تنقضي عدة الموطوءة بشبهة أو زنا لئلا يجمع ماءه في أكثر من أربع نسوة

(ولا يمنع) حر (من نكاح أمة في عدة حرة بائن بشرطيه) وهما أن يكون عادم الطول خائف العنت

ويأتي توضيحه

لأن المنع من نكاح الأخت في عدة أختها ومن نكاح خامسة في العدة لئلا يكون جامعا لمائه في رحم أختين أو أكثر من أربع لا لكونها زوجة كما يعلم مما تقدم

والمنع من نكاح الأمة إنما هو مع عدم الحاجة إليه والحاجة لا تندفع بالبائن بل الزوجة التي لا تعفه لا تمنعه من نكاح الأمة كما يأتي

(وتقدم لو اشتبهت أخته بأجنبية) أو أجنبيات (في آخر كتاب الطهارة) عند الكلام على اشتباه المياه المباحة بالمحرمة أو النجسة

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٦٦٠

(ويحرم نكاح موطوءة بشبهة في العدة) كمعتدة من فراق زوج (إلا على واطىء) لها بالشبهة فله العقد عليها في عدتها

(إن لم تكن لزمتها عدة من غيره) لأن المنع من نكاح المعتدة لكونه يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وهو مأمون في هذه الصورة فإن النسب كما يلحقه في النكاح يلحقه في وطء الشبهة

أشبه ما لو نكح معتدة من طلاق

(وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع) زوجات لقوله صلى الله عليه وسلم لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشرة نسوة أمسك أربعا أو فارق سائرهن

وقال نوفل بن معاوية أسلمت وتحتي خمس نسوة فقال النبي صلى الله عليه وسلم فارق واحدة منهن

رواهما الشافعي في مسنده

وإذا منع من استدامة زيادة على اربع فالابتداء أولى

وقوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ أريد به التخيير بين اثنين وثلاث وأربع كما قال سبحانه وتعالى ﴿ أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع ﴾ ولم يرد أن لكل تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة أجنحة ولم يكن للتطويل معنى

ومن قال غير ذلك فقد جهل اللغة العربية

(ولا للمرأة أن تتزوج أكثر من رجل) لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء ﴾

غير حصر) لقوله تعالى ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ﴾ وله أي الرجل (التسري بما

---

(١) ".

"جاز له أن يتزوج غيرها لكان جامعا بين أكثر ممن يباح له

(وإن ماتت) واحدة من نهاية جمعه (جاز) له أن يتزوج بدلها (في الحال نصا) لأنه لم يبق لنكاحها أثر

(فلو) طلق واحدة من نهاية جمعه ثم (قال أخبرتني بانقضاء عدتها في مدة يجوز) أي يمكن (انقضاؤها فيها

---

(١) كشاف القناع، ٥/٨٠

فكذبته) لم يقبل قولها عليه في عدم جواز نكاحه غيرها لأنه لا حق لها في هذه الدعوى وإنما الحق في ذلك لله تعالى ولأنها متهمة في ذلك بإرادة منعه نكاح غيرها

إذا تقرر ذلك

(فله نكاح أختها

و) له نكاح (بدلها) وإن كانت من نهاية جمعه (في الظاهر)

قلت وأما في الباطن فليس له ذلك إن كان كاذبا أو لم يغلب على ظنه انقضاء عدتها

(ولا تسقط السكنى والنفقة) عنه بدعواها إخبارها بانقضاء مع إنكارها

لحديث ولكن اليمين على من أنكر

(و) لا يسقط نصا (نسب الولد) إذا أتت به المطلقة لفوق أربع سنين ما لم يثبت إقرارها بانقضاء عدتها بالقرء ثم تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعدها لأن إقرار المطلق لا يقبل عليها

(وتسقط الرجعة) أي لو كان الطلاق رجعيا

وقال أخبرتني بانقضاء عدتها فأنكرت فأراد رجعتها لم يملك ذلك مؤاخذة له بمقتضى إقراره

فصل (في) بيان النوع الثاني من المحرمات إلى أمد وهن (المحرمات لعارض يزول

تحرم عليه زوجة غيره) لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾

(و) تحرم أيضا عليه (المعتدة) من غير لقوله ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ و تحرم أيضا (المستبرأة منه) أي من غيره لأن تزوجها زمن استبرائها يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وسواء في ذلك المعتدة والمستبرأة

(من وطء مباح أو محرم) كشبهة وزنا (أو من غير وطء) كالمتوفى عنها زوجها قبل الدخول لعموم ما تقدم

(و) كذا (المرتابة بعد العدة بالحمل) لا يصح نكاحها لغيره حتى تزول

(وتحرم الزانية إذا علم زناها على الزاني وغيره حتى تتوب وتنقضي عدتها)

لقوله تعالى ﴿ والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ وهو خبر ومعناه

---

(١) ".

---

(١) كشاف القناع، ٨٢/٥

"بشبهة أو زنا (حرم عليه نكاحها و) حرم عليه (وطؤها إن ملكها) وكذا أمها وبنتها تحرم على الواطيء كذلك لا على أبيه أو ابنه

(ولا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره) لاشتباه المباح والمحظور في حقه

تتمة قال الخرقي إذا قال أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء

وإن قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا

فإن تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لإقراره ببطلانه ولزمه نصف المهر إن كان قبل الدخول أو جميعه إن كان بعده

ولا يحل له بعد ذلك أن ينكح لأنه أقر بقوله أنا رجل بتحريم الرجال وأقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء

وإن تزوج رجلا ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لأنه حق عليه

فإذا زال نكاحه فلا مهر له لأنه يقر أنه لا يستحقه سواء دخل به أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا

قاله في الشرح

(قال الشيخ ولا يحرم في الجنة زيادة العدد و) لا (الجمع بين المحارم وغيره) لأنها ليست دار تكليف

باب الشروط في النكاح أي ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر مما له فيه غرض

(ومحل المعتبر منها) أي من الشروط (صلب العقد) كأن يقول زوجتك بنتي فلانة بشرط كذا ونحوه ويقبل الزوج على ذلك

(وكذا لو اتفقا) أي الزوجان (عليه) أي الشرط (قبله) أي العقد

(قاله الشيخ وغيره)

قال الزركشي هو ظاهر إطلاق الخرقي وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم

(وقال) الشيخ (وعلى هذا جواب أحمد في مسائل الحيل لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولا واحدا

وقال في فتاويه إنه ظاهر المذهب و) ظاهر (منصوص أحمد و) ظاهر (قول قدماء أصحابه ومحققي المتأخرين

قال في الإنصاف وهو الصواب الذي لا شك فيه)

وقطع به في المنتهى

وظاهر هذا أو صريحه أن ذلك لا يختص النكاح بل العقود كلها في ذلك سواء

(ولا يلزم الشرط بعد العقد ولزومه) لفوات محله لكن يأتي في آخر النشوز أن اشتراط الحكمين ما لا ينافي النكاح لازم إلا أن يقال نزلت هذه الحالة منزلة العقد قطعا للشقاق والمنازعة

---

(١) ".

"النسب كالوطء في النكاح الصحيح (أو) أي وعدة موطوءة (بزنا كمطلقة) لأنه وطء يقتضي شغل الرحم كوطء الشبهة ولأنه لو لم تجب العدة لاختلط ماء الواطىء والزوج فلم يعلم لمن الولد منهما (إلا أمة غير مزوجة ف) تستبرأ (بحيضة) لأن المقصود العلم ببراءة الرحم من الحمل وذلك حاصل بالحيضة كما لو أراد سيدها بيعها بعد وطئها (وإن وطئت زوجة) بشبهة أو زنا (أو) وطئت (سرية بشبهة أو زنا حرمت) أي حرم وطؤها (حتى تعتد الزوجة) حرة كانت أو أمة (وتستبرأ السرية) خشية اشتباه الأنساب واختلاط المياه

(وله) أي الزوج أو السيد (الاستمتاع منهما) أي من الزوجة والسرية (بما دون الفرج) كقبلة ولمس لشهوة لأن التحريم لعارض كالحيض

فصل و (إن وطئت معتدة بشبهة أو نكاح فاسد فرق بينهما) لأن العقد الفاسد وجوده كعدمه (وأتمت عدة الأول) لأن سببها سابق على الوطء المذكور

(ولا يحتسب منها) أي العدة (مدة مقامها) أي الموطوءة (عند الواطىء الثاني) بعد الوطء بل ابتداؤها من التفريق بينهما (وله) أي المطلق (رجعة رجعية في مدة تتمة عدته) كما لو لم توطأ في الرجعة

(ثم استأنفت العدة من الواطىء) لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان كالديتين (وإن كانت بائنا فأصابها المطلق) في عدتها (عمدا فكذلك) أي تتم العدة الأولى ثم تعتد من الوطء

لأنه وطء محرم لا يلحق فيه النسب

---

(١) كشاف القناع، ٥/٩٠

ولأن العدة الأولى عدة طلاق والثانية عدة زنا فلم تدخل إحداهما في الأخرى لاختلاف سببهما كالكفارات

(وإن أصابها) مبينها في عدتها (بشبهة استأنفت العدة للوطء) لأن الوطء قطع العدة الأولى وهو موجب للاعتداد للاحتجاج إلى العلم ببراءة الرحم من الحمل

(ودخلت فيها بقية) العدة (الأولى) لأن الوطء بشبهة يلحق فيه النسب فدخلت بقية الأولى في العدة الثانية

(وإن وطئت امرأة) مزوجة (بشبهة ثم طلقها زوجها رجعيا اعتدت له) أي للطلاق (أولا) لقوته (ثم اعتدت للشبهة) ولا تتداخل العدة مع اختلاف الواطئين كما تقدم (وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد قياس المذهب تحريمها على الواطىء وغيره في العدة قاله الشارح

". (١)

"وقال الموفق والأولى حل على نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها) كالموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد

لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه

ولا يصان ماؤه المحترم من مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه كالمطلقة البائن

(وإلا) أي وإن لم يلحقه نسب ولدها كالمزني بها (فلا) تحل له في عدتها (وتقدم في المحرمات في النكاح) تحل له المعتدة منه إذا كان يلحقه نسب ولدها منه

(إن لم يلزمها عدة من غيره) فإن لزمتها عدة من غيره فلا حتى تنقضي (وإن تزوجت) المرأة (في عدتها فنكاحها باطل) لقوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب

(ويجب أن يفرق بينهما) لأنهما أجنبيان (وتسقط نفقة الرجعية وسكناها عن الزوج الأول لنشوزها ولم تنقطع عدتها حتى يطأ الثاني) لأن العقد باطل لا تصير به المرأة فراشا وسواء علم بالتحريم أو جهله

---

(١) كشاف القناع، ٥/٤٢٥

فإذا دخل بها انقطعت العدة لأنها حينئذ صارت فراشا له

(ثم إذا فارقها بنت على عدتها من الأول) لأن حقه أسبق ولأن عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح

(واستأنفت العدة) بعد ذلك (من الثاني) ولا تتداخل العدة رواه مالك والشافعي والبيهقي بإسناد جيد عن عمر وعلي ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة

قاله في المبدع ولأنهما حقان مقصودان لآدميين كالديتين

(وإن أتت بولد من أحدهما عينا انقضت عدتها به) أي بوضعه (منه) أي ممن لحق به الولد

(ثم اعتدت للآخر) بثلاثة أقراء ويكون الولد للأول عينا إذا ولدته لدون ستة أشهر وعاش من وطء الثاني ويكون للثاني عينا إذا ولدته لفوق ستة أشهر من وطئه ولفوق أربع سنين من إبانة الأول لها

(وإن أمكن أن يكون) الولد (منهما) بأن أتت به لفوق ستة أشهر من وطء الثاني ولدون أربع سنين من بينونة الأول

(أري) الولد (القافة معهما) أي مع الواطئين (فألحق) الولد (بمن ألحقوه به منهما) لأن قولها في ذلك حجة

(وانقضت عدتها به) لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره (وإن ألحقته) القافة (بهما) أي الواطئين (لحق بهما وانقضت عدتها به منهما)

لأن الولد محكوم به لهما فتكون قد وضعت حملها منهما

(وإن نفته) القافة (عنهما) أي الواطئين (أو أشكل عليها أو لم يوجد قافة ونحوه) كما لو اختلف قائفان اعتدت

". (١)

"افترقا) أي البائع والمشتري أو نحوهما (وإلا) أي وإن لم يفترقا (فلا يجب) الاستبراء (وتقدم في الإقالة) وهذا وجه وتقدم هناك ما فيه قال في شرح المنتهى ولو قبل تفرقهما عن المجلس على الأصح يعني يجب الاستبراء

(ويكفي استبراء زمن خيار لمشتر) لانتقال الملك إليه بمجرد البيع

---

(١) كشاف القناع، ٥/٤٢٦

(وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبراؤها) نص عليه وقال هذه حيلة وضعها أهل الرأي لا بد من استبرائها لأنه تجديد ملك وكما لو لم تكن زوجة ولأن إسقاطه هنا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه بأن يزوجها عند بيعها لم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام وكذا لو اشترى مطلقة قبل الدخول (أو ملكها) المشتري ونحوه (معتدة) من وفاة وطلاق أو غيرهما (أو زوج أمته ثم طلقت بعد الدخول وأعتقت في العدة لم يجب استبراء اكتفاء بالعدة) لأن براءتها تعلم بها

(وإن كانت الأمة لرجلين فوطئاها ثم باعها لرجل آخر أجزأه استبراء واحد) لأنه يعلم به براءة رحمها

(وإن أعتقاها لزمها استبراءان لأن الاستبراء) كالعدة يتعدد الواطىء بشبهة والوطء فيه وجد من اثنين بخلاف مسألة المشتري فإنه معلل بتجديد الملك والملك واحد

فصل الموضع الثاني من المواضع التي يجب فيها الاستبراء ما أشار إليه بقوله (وإن وطىء أمته ثم أراد تزويجها أو بيعها لم يجز) له ذلك (حتى يستبرئها) أما إذا أراد تزويجها فلأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وأما إذا أراد بيعها فلأن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية له كان يطؤها قبل استبرائها ولأنه يجب على المشتري لحفظ مائه فكذلك البائع (فلو خالف وفعل) بأن تزوجها أو باعها قبل استبرائها (صح البيع) لأن الأصل عدم الحمل (دون النكاح) فلا يصح قبل الاستبراء كالمعتدة والفرق بين البيع والنكاح

إن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجوز إلا فيمن تحل له ولهذا لا يصح تزويج معتدة ونحوها والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء

ولهذا صح في عدة المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري

(وإن لم يطأ) البائع الأمة لم يلزمه استبراؤها إذا أراد بيعها أو نكاحها لعدم موجبه

(أو كانت

"(١) .

"وجوب مهر المثل لمن وطئت بشبهة أو زنا كرها

قال المصنف رحمه الله: (يجب مهر مثل لمن وطئت بشبهة أو زنا كرها).

---

(١) كشاف القناع، ٥/٤٣٨

مهر المثل يعني: مهر مثل نسائها، مثاله: إذا دخل إنسان بيته، وفيه امرأة نائمة، وظنها زوجته، ووطأها ولم ينتبه إلا بعدما وطأها، فعليه مهر المثل، يعني: مثل مهر نسائها وما ذاك إلا أنه وطأ من لا تحل له، فتطالبه بمهر مثلها، ولو أنه وطأها ساعة أو نصف ساعة.

وكذلك لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية، ووطأ الأجنبية وهو يعتقدها زوجته، فإن عليه مهر مثلها، وقد يكون هناك **اشتباه** بين الزوجين وبين الزوجتين كما إذا أدخل هذا على زوجة أخيه وأدخل الثاني على زوجة أخيه الأول، ووطأ كل واحد منهما زوجة أخيه، وهو يعتقد أنها زوجته الحلال، ثم تبين عدم ذلك، ففي هذه الحال عليه لها مهر مثلها؛ لأنها وطئت **بشبهة**.

وكذا إذا زنا بها إكراها، يعني: هددها حتى مكنته من نفسها قهرا فزنى بها، ففي هذه الحال إذا تاب فعليه لها مهر مثل نسائها، سواء كانت بكرا وأزال بكارتها فإن عليه مهر مثل نسائها أو وطأها وهي ثيب.

وإذا كانت بكرا هل لها أن تطالبه بأرش البكارة وتقول: أنت قهرتني قهرا، وأكرهتني على الزنا، والآن أطالبك باثنين: أطالبك بمهر المثل، وأطالبك بأرش البكارة؛ لأنك أزلت بكارتي؟ ليس لها إلا واحد، وهو مهر المثل، فلا تطالبه بأرش البكارة، وإنما يكفيها صداقها الذي وهبه لها مثل مهر نسائها، يعني: صداق مثل أمثالها، فلا تطالبه بأرش البكارة.." (١)

" ثوبا من فيئ المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه ، ولا أن يركب دابة من فيئ المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه) رواه أحمد وأبو داود .

قال : ومن لقي علجا فقال له : قف أو ألق سلاحك . فقد أمنه .

ش : الخرقي رحمه الله ذكر ما فيه **اشتباه** ، إذ ذلك تنبيه على الواضح كأجرتك وأمنتك ، ولا تخف ولا تذهل ، ولا خوف عليك ، ولا بأس عليك ، ونحو ذلك مما يدل على الأمان ، وقد ورد الشرع بأجرتك وأمنتك . قال النبي لأم هانئ : (قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ) .

٣٤٦٦ وقال : (من دخل دار أبي سفيان فهو آمن) وبقية الألفاظ في معناهما ، وعند أصحابنا أن حكم : قف أو ألق سلاحك . حكم ذلك ، لأن الكافر يعتقده أمانا ، أشبه ما لو قال : أمنتك .

٣٤٦٧ وقد روى مالك في موطئه عن رجل من أهل الكوفة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى عامل جيش كان بعثه : بلغني أن رجالا منكم يطلبون العلج حتى إذا اشتد في الجبل وامتنع قال رجل : مترس . يقول لا تخف ؛ فإذا أدركه قتله . وإني والذي نفسي بيده لا أعلم مكان أحد فعل ذلك إلا

(١) شرح أخصر المختصرات، ١٦/٦١

ضربت عنقه . وحكى أبو محمد احتمالا ومال إليه أنه لا يكون أمانا ، لأن ذلك يستعمل للإرهاب والتخويف ، أشبه ما لو قال : لأقتلنك ؛ ويرجع إلى القائل ، فإن نوى به الأمان فهو أمان ، وإلا فيسأل الكافر فإن قال : اعتقدته أمانا رد إلى مأمنه ، وإلا فليس بأمان .

قال : ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده لم يقطع .

ش : من سرق من الغنيمة ممن له فيها حق لم يقطع ، لأن له فيها شبهة ، وهو حقه المتعلق به ، والحد يدرأ بالشبهة ، وصار كما لو سرق من مال مشترك بينه وبين غيره ، وكذلك إذا سرق من غنيمة لولده فيها حق ، لأن له في مال ولده حقا في الجملة ، ولهذا لا يقطع بسرقته ، وحق ولده متعلق بهذا المال ، فصار كالذي قبله ، وكذلك إذا سرق العبد من الغنيمة الذي لسيده فيها حق ، لأنه لا يقطع بسرقة مال سيده ، كما تقدم ، فكذلك بما لسيده فيه جزء . وقوله : ممن له فيها حق . يخرج ما إذا لم يكن له فيها حق ، وله حالتان (إحداهما) : سرق قبل أن تخمس ، وهو حر مسلم ، فلا قطع عليه ، لأن له حقا في الفيىء ، (الثاني) : سرق بعد أن خمست ، فإنه يقطع لانتفاء الحقية .

قال : وإن وطيء جارية قبل أن يقسم أدب ولم يبلغ به حد الزاني .

---

(١) ".

"وإذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد بشبهة أو وطئ الشريكان أمتهما في طهر واحد فأتت بولد أو ادعى نسب مجهول النسب رجلان؛ أري القافة معهما أو مع أقاربهما، وألحق بمن ألحقوه به منهما. فإن ألحقوه بهما؛ لحق بهما. وإن أشكل أمره أو تعارض قول القافة أو لم يوجد قافة؛ ترك حتى يبلغ فيلحق بمن انتسب إليه منهما ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون عدلا ذكرا مجربا في الإصابة.)نعم إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد بشبهة يعني مثلا حصل اشتباه ووطئ رجلان امرأة وهذا وإن كان نادرا لأنه قد يقع. أو وطئ رجلان شريكان أمتهما في طهر واحد فأتت بولد.الآن هذه امرأة وطئها رجلان أتت بولد بمن ينسب؟ لهذا أم لهذا؟يقول المؤلف: (أو ادعى نسب مجهول النسب رجلان؛ أري القافة معهما أو مع أقاربهما فألحق بمن ألحقوه منهم) يقول إنه يرجع لرأي القافة. والقافة هم الذين يعرفون النسب بالشبه وقد كانوا موجودين من عهد النبي –عليه الصلاة والسلام– إلى وقتنا هذا بل كان العرب في الجاهلية تعرف هذا إلى وقتنا هذا. فهنا يرجع لرأي القافة في هذا.وفي الوقت الحاضر وجدت وسائل ربما أنه يستغنى بها عن

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٢١٧

قول القافة مثل ما يسمى بالبصمة الوراثية والحمض النووي فهذه لا شك أنها أقوى في الدلالة من قول القافة، وهي في الحقيقة قريبة من القطع بينما قول القافة مبني على الظن أو غلبة الظن ولذلك إذا كان الفقهاء قد ذكروا أنه يرجع في هذا إلى رأي القافة فعلى مقتضى قواعد الفقهاء أنه يرجع إلى نتيجة البصمة الوراثية من باب أولى. فيمكن إذن حل هذه الإشكالية بالتحليل بالحمض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية بذلك يمكن معرفة أن هذا الطفل ولد من من هذين اللذين قد وطآ هذه المرأة **بشبهة**.قال (وإن ألحقوه بهما؛ لحق بهما وإن أشكل أمره أو تعارض أمر القافة).. إلى آخره.(وإن ألحقوه بهما لحق بهم) كيف لحق بهما؟." (١)

"أو قنة لغيره زنى بها ... أو في نكاح فابنها لربهاأو **شبهة** كظنه الزوجيه ... أو غر في التزويج بالحريههففرعه حر نسيب غرمه ... قيمته في الحال سيد الأمهو من يطأ رقيقة منكوحته ... أو **باشتباه** ثم صارت قنتهفالوطء لم تصر به أم ولد ... قطعا و لا **بشبهة** في المعتمدو حيث أثبتنا له إيلادها ... فمات عنها بلغت مرادهابأن يزول رقها فتعتقا ... قبل الوصايا و الديون مطلقاو تم نظم غاية التقريب ... سميته نهاية التدريبأبياته ألف و خمس ألف ... و زد عليها ربع عشر الألفنظم الفقير الشرف العمۣريطي ... ذي العجز و التقصير و التفريطفالحمد لله على تمامه ... ثم صلاة الله مع سلامهعلى النبي و آله و صحبه ... و التابعين ثم كل حزبه." (٢)

" المستحق واختلف هل يقوم الولد بما له قال المخزومي أو بغير ماله قال ابن القاسم والقياس على القول بأن القيمة يوم الحكم أن يكون للمستحق مقال في المال ولو قيل إن القيمة على الإبن ابتداء أعسر الأب أم لا لكان وجها قال ابن القاسم ولو مت ولم تدع مالا اتبع الولد بالقيمة وعلى قول غيره لا يكون على الإبن شيء والقياس لا شيء عليه عليك وإن مت موسرا لأن القيمة إنما تلزمك إذا قيم عليك وهذا قد تعذر قاعدة المسقطة للحد الموجبة للحوق النسب ثلاثة أقسام **شبهة** في الواطئ وهو اعتقاده الحد كمن وطئ أجنبية يظنها زوجه وفي الموطؤة كالأمة المشتركة فإن ما فيها من ملكه مبيح وما فيها من ملك الغير محرم فيحصل **الاشتباه** وفي الطريق وهو كون الوطيء مختلفا فيه لأن المجوز مبيح والمحرم حاظر فيحصل **الاشتباه** تنبيه الخراج بالضمان معناه يتوقع الضمان فإنه إنما ضمن على تقدير التلف وهذا التقدير لم يحصل بعد م ع أخذ الغلة الآن واستحقاقها يكون لتوقع الضمان لا بالضمان نفسه فرع في الكتاب له رد

---

(١) شرح "العمدة" لابن قدامة من أول الطلاق، ص/١٠

(٢) نهاية التدريب، ص/٦٦

ما يبنيه مسجدا كرد العتق وفي النكت لأنه لو أمر بدفع القيمة رد كونه مسجدا وملكه وهو قد بني له وكان هدمه وجعل النقض في غيره ولأنه لو امتنع من القيمة لم يكن إجبارا لآخر على دفع قيمة الأرض كما تفعل فيما بنى للسكن لخروج البناء على يده وتشبيهه بالعبد من جهة اشتراكهما في القربة وإن افترقا في أن العبد استحقت عينه والأنقاض لم تستحق وهي التي عملت مسجدا قال أبو محمد ويجعل النقض في مسجد آخر تتميما لقصد القربة فإن لم يكن بموضعه ذلك مسجد فلينقل النقض لأقرب المساجد إليه ويكرى على نقله منه ويجوز لمن أخذه في كرائه ملكه قال أبو محمد ويحتمل

". (١)

" هي هنا إذ لا حد عليها بلعانه ولو ثبت قذف أنكره قال فيما ثبت من قذفي إياها بالزنا وذلك للآيات أوائل سورة النور وكررت لتأكد الأمر ولأنها منه منزلة أربع شهود ليقام عليها بها الحد ولذا سميت شهادات وأما الخامسة فهي مؤكدة لمفادها نعم المغلب في تلك الكلمات مشابهتها للأيمان كما يأتي فإن غابت عن المجلس أو البلد لعذر أو غيره سماها ورفع نسبها أو ذكر وصفها بما يميزها عن غيرها دفعا للاشتباه ويكفي قوله زوجتي إذا عرفها الحاكم ولم يكن تحته غيرها والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين عدل عن علي وكنت تفاؤلا فيما رماها به من الزنا وإن كان ولد ينفيه ذكره في كل من الكلمات الخمس كلها لينتفي عنه فقال وأن الولد الذي ولدته إن غاب أو هذا الولد إن حضر من زوج أو شبهة أو زنا ليس مني وذكر ليس مني تأكيد كما في أصل الروضة والشرح الصغير حملا للزنا على حقيقته وإن ذهب الأكثرون إلى أنه شرط واعتمده الأذرعي لاحتمال أن يعتقد أن وطء الشبهة زنا ولا يكفي الاقتصار على ليس مني لاحتمال أن يريد أنه لا يشبهه خلقا أو خلقا وتقول هي بعده لوجوب تأخر لعانها كما سيأتي أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به وتشير

". (٢)

" فمن ألحقه به لحقه كما مر في اللقيط والمجنون كالصغير وألحق به البلقيني مغمى عليه ونائما وسكران غير متعد وما ذكره في النائم بعيد جدا وكذا لو اشترك في وطء لامرأة أو استدخلت ماءهما أي

---

(١) الذخيرة، ٩/٦١

(٢) نهاية المحتاج، ٧/١١٤

المحترم كما قاله البلقيني فولدت ممكنا منهما وتنازعاه بأن وطئا بشبهة كأن ظنها كل أنها زوجته أو أمته ولا تنحصر الشبهة في ذلك فقد ذكر بعض صورها عطفا للخاص على العام فقال أو وطئا مشتركة لهما في طهر واحد وإلا فهو للثاني كما يؤخذ من كلامه الآتي قياسا لتعذر عوده إلى هذا لأن بينهما صورا لا يمكن عوده إليها أو وطئ زوجته وطلق فوطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد كأن نكحها في العدة جاهلا بالحال أو وطئ أمته وباعها فوطئها المشتري ولم يستبرئ واحد منهما فيعرض عليه ولو مكلفا فمن ألحقه به منهما لحقه فإن لم يكن قائف أو تحير اعتبر انتساب الولد بعد كماله قال البلقيني لو كان الاشتباه للاشتراك في الفراش لم يعتبر إلحاق القائف إلا أن يحكم حاكم ذكره الماوردي وحكاه في المطلب عن ملخص كلام الأصحاب وكذا لو وطئ بشبهة منكوحة لغيره نكاحا صحيحا كما في المحرر واستغنى عنه بقوله الآتي في نكاح صحيح في الأصح ولا يتعين الزوج للإلحاق لأنه موضع الاشتباه والثاني يلحق الزوج لقوة الفراش ولا يكفي اتفاق الزوجين على الوطء بل لا بد من بينة به لأن للولد حقا في النسب وتصديقهما ليس بحجة عليه فإن قامت به بينة عرض على القائف وهذا ما ذكره المصنف في الروضة هنا وهو المعتمد وإن لم يذكره في اللعان واعتمد البلقيني الاكتفاء بذلك الاتفاق نعم يلحق بالبينة تصديق الولد المكلف لما تقرر أن له حقا فإذا ولدت لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطئهما وادعياه أو لم يدعياه عرض عليه أي القائف لإمكانه منهما فإن تخلل بين وطئهما حيضة ف الولد للثاني وإن ادعاه الأول لظهور انقطاع تعلقه به إلا أن يكون الأول زوجا في نكاح صحيح أي والثاني بشبهة أو نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول لأن إمكان الوطء مع الفراش قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة واحترز بالصحيح عما لو كان الأول زوجا في نكاح فاسد فإنه ينقطع تعلقه ويكون للثاني على الأظهر لأن المرأة في النكاح الفاسد

". (١)

"لا حد عليه (وإن جهل) تحريمه لاشتباهها عليه أو لقرب عهده بالإسلام أو لبعده عن العلماء أو أكره عليه (فلا حد) عليه لعذره

(وفي الحالين) أي حالتي علمه وجهله (يجب المهر) لأنه استوفى المنفعة وهي غير زانية لكن في حالة الجهل يجب مهر واحد وإن تكرر الوطء وفي حالة العلم يتعدد

---

(١) نهاية المحتاج، ٣٧٦/٨

وإن وطئها مرة جاهلا ومرة عالما وجب مهران وسيأتي بسط ذلك في باب الصداق إن شاء الله تعالى

(إلا أن تطاوعه) في الوطء عالمة بالتحريم (فلا يجب) لها مهر (على الصحيح) لأنها زانية وقد نهى عن مهر البغي وهي الزانية

والثاني يجب لأنه لسيدها فلا يسقط بطواعيتها فيه كما لو أذنت في قطع يدها

وأجاب الأول بأن المهر وإن كان للسيد فقد عهدنا أنه يتأثر بفعلها كما لو ارتدت قبل الدخول

(وعليها الحد إن) طاوعته و (علمت) بالتحريم لزناها

وهذا أيضا قيد فيما قبله كما قدرته فإن جهلته أو أكرهت عليه فلا حد

وسكت المصنف عن أرش البكارة ولا شك في وجوبه ولا يسقط بمطاوعتها كما لا يسقط أرش طرفها بإذنها في قطعه

وتقدم في باب الخيار أنه يجب لها هنا أرش بكارة ومهر ثيب والفرق بين ما هنا وما هناك

(ووطء المشتري من الغاصب كوطئه) أي الغاصب (في الحد والمهر) وأرش البكارة أيضا إن كانت بكرا لاشتراكهما في وضع اليد على ملك الغير بغير حق فيأتي فيه ما ذكر في حالتي العلم والجهل إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة فإنه يقبل قوله في ذلك

(فإن غرمه) أي المهر للمالك (لم يرجع به) المشتري (على الغاصب في الأظهر) لأنه باشر الإتلاف

والثاني يرجع إن جهل الغصب لأنه لم يدخل في العقد على ضمانه فيرجع به على البائع لأنه غره بالبيع

ويجري الخلاف في أرش البكارة أيضا فلا يرجع به على الأظهر كما قاله الرافعي وإن خالف في ذلك جمع لأنه بدل جزء منها أتلفه

(وإن أحبل) الغاصب أو المشتري منه حال كونه (عالما بالتحريم) للوطء (فالولد رقيق) للسيد (غير نسيب) لأنه من زنا وإن انفصل حيا فمضمون على الغاصب أو ميتا بجناية فبدله للسيد أو بغيرها ففي وجوب ضمانه على المحبل وجهان أوجههما كما قال شيخنا نعم كما هو ظاهر النص لثبوت اليد عليه تبعا لأمه والثاني لا لأن حياته غير متيقنة

ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتا وعلى الأول تعتبر قيمته يوم الانفصال لو كان حيا ونسب في المهمات ترجيح الثاني للرافعي لكن قال الأذرعي إن ما ذكره غلط صريح فإن الموضع الذي نقل عنه إنما قاله الرافعي في الجاهل بالتحريم وما نحن فيه في العالم اه

وحاصله أنه انتقل نظره من مسألة إلى أخرى

(وإن جهل) من ذكر التحريم (فحر نسيب) للشبهة بالجهل والمشهور كما قاله في المطلب أنه انعقد حرا لا رقيقا ثم عتق

(وعليه) للسيد (قيمته) بتقدير رقه لتفويته رقه بظنه (يوم الانفصال) حيا لأن التقويم قبله غير ممكن وعليه أيضا أرش نقص الولادة

(ويرجع بها) أي بالقيمة (المشتري على الغاصب) لأنه غره بالبيع لأن مقتضاه أن يسلم له الولد من غير غرامة

ووقع في الروضة بخط المصنف ولا برجع ونسب لسبق القلم

ويرجع أيضا بأرش نقص الولادة كما نقل الرافعي عن العراقيين القطع به فإن انفصل ميتا بجناية فعلى الجاني ضمانه بالغرة وللمالك مطالبة الغاصب أو المشتري منه قياسا عليه بعشر قيمة الأم لأنا نقدره رقيقا في حقه

ثم إن كانت الغرة أكثر فالزائد لورثة الجنين أو أقل ضمن الغاصب أو المشتري منه للمالك عشر قيمة الأم كاملا وسيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى أن بدل الجنين المجني عليه تحمله العاقلة

قال المتولي والغرة تجب مؤجلة فلا يغرم الغاصب حتى يأخذ الغرة وتوقف الإمام فيه

وإن انفصل ميتا بغير جناية فلا شيء فيه لعدم تيقن حياته

ويخالف ما لو انفصل رقيقا ميتا حيث قلنا فيه بالضمان كما مر لأن الرقيق يدخل تحت اليد فجعل تبعا للأم ولو انفصل حيا حياة غير مستقرة ثم مات وجب ضمانه لأنا تيقنا حياته

". (١)

"(سماها ورفع نسبها بما يميزها) عن غيرها دفعا للاشتباه

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٢٩٤

(والخامسة) من كلمات لعان الزوج هي (أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماه به من الزنا) للآية ويشير إليها في الحضور ويميزها في الغيبة كما في الكلمات الأربع

تنبيه إنما أتى المصنف رحمه الله تعالى بضمير الغيبة تأسيا بلفظ الآية وإلا فالذي يقول الملاعن علي لعنة الله كما عبر به في الروضة

(وإن كان) ثم (ولد ينفيه) عنه (ذكره في) كل من (الكلمات) الخمس لينتفي عنه (فقال) في كل منهما (وإن الولد الذي ولدته) إن كان غائبا (أو هذا الولد) إن كان حاضرا (من زنا) و (ليس) هو (مني) لأن كل مرة بمنزلة شاهد فلو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه

تنبيه قضية كلامه أنه لو اقتصر على نفي الزنا ولم يقل ليس مني أنه لا يكفي

قال في الشرح الكبير وبه أجاب كثيرون لأنه قد يظن أن وطء النكاح الفاسد **والشبهة** زنا

ولكن الراجح أنه يكفي كما صححه في أصل الروضة والشرح الصغير حملا للفظ الزنا على حقيقته

وقضيته أيضا أنه لو اقتصر على قوله ليس مني لم يكف وهو الصحيح لاحتمال أن يريد أنه لا يشبهه خلقا وخلقا فلا بد أن يسنده مع ذلك إلى سبب معين كقوله من زنا أو وطء **شبهة**

(وتقول هي) أربع مرات بعد تمام لعان الزوج (أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا و) الكلمة (الخامسة) من لعانها هي (أن غضب الله عليها إن كان) الزوج (من الصادقين فيه) للآية السابقة

وتشير إليه في الحضور وتميزه في الغيبة كما في جانبها في الشهادات الخمس وإنما قال المصنف عليها تأسيا بالآية وإلا فلا بد أن تأتي بضمير المتكلم فتقول غضب الله علي إن كان الخ

وكان ينبغي أن يقول ثم تقول لأن تأخير لعانها شرط كما سيأتي وأشرت إلى ذلك بقولي بعد واقتصر تبعا للمحرر على قولها فيه وعبارة غيرهمافيما رماني به من الزنا وهو ظاهر لفظ النص ويمكن حمل كلام المصنف عليه بأن يقال قوله فيه أي فيما تقدم وهو قولها من الكاذبين فيما رماني به من الزنا وحينئذ فكلامه موافق لما نقل عن ظاهر النص

تنبيه أفهم سكوته في لعانها عن ذكر الولد أنها لا تحتاج إليه وهو الصحيح لأنه لا يتعلق بذكره في لعانها حكم فلم يحتج إليه ولو تعرضت له لم يضر

وهذا كله إن كان قذف ولم تثبته عليه ببينة وإلا بأن كان اللعان لنفي ولد كأن احتمل كونه من وطء شبهة أو أثبتت قذفه ببينة قال في الأول فيما رميتها به من إصابة غيري لها على فراشي وإن هذا الولد من تلك الإصابة إلى آخر الكلمات وفي الثانية فيما أثبتت على من رمى إياها بالزنا الخ

ولا يلاعن المرأة في الأول إذ لا حد عليها بهذا اللعان حتى تسقطه بلعانها

وإنما خص اللعن بجانبه والغضب بجانبها لأن جريمة الزنا أقبح من جريمة القذف بدليل تفاوت الحدين وغضب الله أغلظ من لعنته لأن غضبه إرادة الانتقام من العصاة وإنزال العقوبة بهم واللعن الطرد والبعد فخصت المرأة بالتزام أغلظ العقوبة

(ولو بدل) بالبناء للمفعول (لفظ شهادة يحلف ونحوه) ك أقسم بالله أو أحلف بالله الخ أو لفظ الله بالرحمن ونحوه (أو) لفظ (غضب بلعن) أو غيره كالإبعاد (وعكسه) بأن ذكر الرجل الغضب والمرأة اللعن (أو ذكرا) أي اللعن والغضب (قبل تمام الشهادات لم يصح) ذلك (في الأصح) اتباعا للنص كما في الشهادة

والثاني يصح ذلك نظرا للمعنى

والثالث لا يصح أن يؤتى بدل لفظ الغضب بلفظ اللعن لأن الغضب أشد من اللعن كما مر بخلاف العكس

". (١)

"تنبيه يندب خلع العضو المقطوع قبل قطعه تسهيلا لقطعه ويندب أن يكون المقطوع جالسا وأن يضبط لئلا يتحرك وأن يعلق العضو المقطوع في عنقه ساعة للزجر والتنكيل

(ومن سرق مرارا) مرتين فأكثر (بلا قطع كفت يمينه) أي قطعها فقط عن جميع المرار لاتحاد السبب كما لو زنى أو شرب مرارا فإنه يكفيه حد واحد وهذا بخلاف ما إذا لبس المحرم أو تطيب في مجالس فإن الفدية تتعدد وإن كان السبب واحدا لأن في ذلك حقا لآدمي لأن مصرف الكفارة إليه فلم تتداخل بخلاف الحد

تنبيه غير اليد اليمنى في ذلك مثلها ويكفي قطعها

---

(١) مغني المحتاج، ٣/٣٧٥

(وإن نقصت) يمينه (أربع أصابع) ولا يعدل إلى الرجل لحصول الإيلاء والتنكيل (قلت) كما قاله الرافعي في الشرح (وكذا لو ذهبت) الأصابع (الخمس) كلها كفت أيضا (في الأصح) المنصوص (والله أعلم) لأن اسم اليد يطلق مع نقص أصابعها ما يطلق عليها مع زيادتها فاندرجت في الآية والثاني لا تكفي بل بعدل إلى الرجل لانتفاء البطش

تنبيه يجري الخلاف فيما لو سقط بعض الكف وبقي محل القطع فلو قال وكذا لو سقط بعض الكف مع الخمس لأفاد حكم المسألتين (وتقطع يد زائدة أصبعا) أو أكثر (في الأصح) لإطلاق الآية فإن اسم اليد يتناول ما عليه خمس أو أكثر والثاني لا بل يعدل إلى الرجل

تنبيه لو كان له كفان على معصمه قطعت الأصلية منهما إن تميزت وأمكن استيفاؤها بدون الزائدة وإلا فيقطعان وإن لم تتميز قطعت إحداهما فقط

هذا ما اختاره الإمام بعد أن نقل عن الأصحاب قطعها مطلقا لأن الزائدة كالأصبع الزائدة والذي في التهذيب أنه إن تميزت الأصلية قطعت وإلا فإحداهما فقط ولا يقطعان بسرقة واحدة بخلاف الأصبع الزائدة فإنه لا يقع عليها اسم يد

قال الرافعي وهذا أحسن

وقال المصنف إنه الصحيح المنصوص وجزم به في التحقيق وصوبه في شرح المهذب وصححه ابن الصلاح

قال الدميري لكن يشكل على المصنف أنه صحح في الخنثى المشكل كما سبق في موضعه أنه لا يختن في أحد فرجيه معللا بأن الجرح مع الإشكال ممتنع ولو قيل بإجراء وجه ثالث أنه لا يقطع واحدة منهما لم يبعد لأن الزائدة لا يجوز قطعها وقد التبست بالأصلية اه

ويجاب عن الإشكال المذكور بأن السارق إنما قطعت يده مع الإشكال تغليظا عليه وعلى ما جرى عليه المصنف لو لم يمكن قطع الأصلية إلا بالزائدة أو لم يمكن قطع إحداهما عند **الاشتباه** فإنه يعدل إلى الرجل فإن أمكن قطع الأصلية وقطعناها ثم سرق ثانيا وقد صارت الزائدة أصلية بأن صارت باطشة أو كانت الكفان أصليتين وقطعت إحداهما في سرقة قطعت الثانية ولا يعدل إلى الرجل

وأورد بعضهم هذه المسألة على قول المصنف فإن سرق ثانيا فرجله اليسرى

وأجيب عنه بأنه إنما تكلم على الخلطة المعتادة الغالبة

(ولو سرق) شخص (فسقطت يمينه) مثلا (بآفة) سماوية أو غيرها كأن قطعت في قصاص (سقط القطع) في اليد الساقطة ولا يعدل إلى الرجل لأن القطع تعلق بعينها فسقط بفواتها كموت المرتد وكذا لو شلت بعد السرقة وخيف من قطعها تلف النفس كما قاله القاضي الحسين بخلاف من لا يمين له فإن رجله تقطع (أو) سقطت (يساره) بشيء مما ذكر مع بقاء اليمين (فلا) يسقط قطع اليمين (على المذهب) لبقاء محل القطع وقيل يسقط في قول وحكم الرجل حكم اليد فيما ذكر

خاتمة لو أخرج السارق للجلاد يساره فقطعها سئل الجلاد فإن قال ظننتها اليمين أو أنها تجزىء عنها غرم الدية بعد حلفه على ما ادعاه إن كذبه السارق لأن قوله محتمل فكان شبهة في درء القصاص وإنما غرم الدية لقطعه عضوا معصوما وأجزأته عن قطع اليمين لئلا تقطع يداه بسرقة واحدة

أو قال علمتها اليسار وأنها لا تجزىء لزمه القصاص لأنه قطعها عمدا بلا شبهة هذا إن لم يقصد المخرج بدلها عن اليمين أو إباحتها وإلا فلا كما مر في الجنايات ولم

". (١)

"ماء الثاني بماء الأول كما نقل عن إجماع الأطباء

تنبيه قول المصنف في وطء ظاهره اشتراط تغييب الحشفة قال البلقيني وليس هذا بمعتبر عندي في هذا المكان بل لو لم تدخل الحشفة كلها وأنزل داخل الفرج كان كالوطء وكذا الإنزال خارج الفرج بحيث دخل الماء في الفرج

واستدخال الماء وقوله بأن وطئا بشبهة أو مشتركة لهما هو من عطف الخاص على العام لأن وطء المشتركة شبهة ويشترط فيها أن يقع الوطئان في طهر فلو تخلل بينهما حيضة فهو للثاني ولا يغني عن ذلك ذكره له بعد لأنه لا يمكن عوده لجميع الصور لتعذر ذلك في بعضها

(وكذا لو وطىء) بشبهة كما في المحرر (منكوحة) لغيره نكاحا صحيحا وولدت ممكنا منه ومن زوجها يعرض على القائف (في الأصح) فيلحق من ألحقه به منهما ولا يتعين الزوج للإلحاق بل الموضع موضع الاشتباه

والثاني يلحق بالزوج لقوة فراشه

---

(١) مغني المحتاج، ٤/١٧٩

وعلى الأول لا بد من إقامة بينة على الوطء ولا يكفي اتفاق الزوجين والواطيء عليه لأن للمولود حقا في النسب واتفاقهما ليس بحجة عليه فإن قامت بينة به عرض على القائف ويعرض بتصديقه إن بلغ وإن لم تقم بينة لأن الحق له وعلى هذا فيقيد كلام المتن بإقامة بينة الوطء أو تصديق الولد المكلف

تنبيه لو ألقت سقطا عرض على القائف قال الفوراني إذا ظهر فيه التخطيط دون ما لم يظهر

وفائدته فيما إذا كانت الموطوءة أمة وباعها أحدهما من الآخر بعد الوطء والاستبراء في أن البيع هل يصح وأمية الولد عمن تثبت وفي الحرة أن العدة تنقضي به عمن كان منهما

(فإذا ولدت) تلك الموطوءة في المسائل المذكورة (لما بين ستة أشهر وأربع سنين) وكذا (من وطأيهما وادعياه) أي الولد (عرض عليه) أي القائف فيلحق من ألحقه به منهما

تنبيه قوله وادعياه ليس بشرط بل لو ادعاه أحدهما وسكت الآخر أو نكل كان الحكم كذلك كما مر

(فإن تخلل بين وطأيهما حيضة فللثاني) من الواطئين للولد لأن الحيض أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول فينقطع تعلقه عنه وإذا انقطع عن الأول تعين للثاني لأن فراشه لم ينقطع بعد وجوده

ولا فرق بين أن يدعيه الأول أم لا اللهم (إلا أن يكون الأول) منهما (زوجا في نكاح صحيح) والثاني منهما واطئا بشبهة أو في نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة فإن كان الأول زوجا في نكاح فاسد انقطع تعلقه لأن المرأة لا تصير فراشا في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء

(وسواء فيهما) أي المتنازعين فيما ذكر (اتفقا إسلاما وحرية) بكونهما مسلمين حرين (أم لا) كمسلم وذمي وحر وعبد لأن النسب لا يختلف

وهذا تفريع على صحة استلحاق العبد وهو الأظهر فلو ادعاه مسلم وذمي وأقام الذمي بينة تبعه نسبا ودينا كما لو أقامها المسلم أو لحقه بإلحاق القائف أو بنفسه كما بحثه شيخنا تبعا نسبا لا دينا لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه فلا يحضنه لعدم أهليته لحضانته

أو ادعاه حر وعبد وألحقه القائف بالعبد أو لحقه به بنفسه كما بحثه شيخنا لحقه في النسب وكان حرا لاحتمال أنه ولد من حرة

تنبيه لو عدم القائف بدون مسافة القصر أو أشكل عليه الحال بأن تحير أو ألحقه بهما أو نفاه عنهما وقف الأمر حتى يبلغ عاقلا ويختار الانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده ويحبس ليختار

إن امتنع من الانتساب إلا إن لم يجد ميلا إلى أحدهما فيوقف الأمر ولا يقبل رجوع قائف إلا قبل الحكم بقوله ثم لا يقبل قوله في حقه لسقوط الثقة بقوله ومعرفته وكذا لا يصدق لغير الآخر إلا بعد مضي إمكان تعلمه مع امتحان له بذلك

خاتمة لو استلحق مجهولا نسبه وله زوجة فأنكرته زوجته لحقه عملا بإقراره دونها لجواز كونه من وطء شبهة أو زوجة أخرى وإن ادعته والحالة هذه امرأة أخرى وأنكره زوجها وأقام زوج المنكرة بينتين تعارضتا فيسقطان

". (١)

"وإن رجع المقر بالزنا أقيل وترك .sولما قدم أن الزنا يثبت بالإقرار وكان يتوهم منه لزوم الحد وإن رجع عن إقراره قال : (وإن رجع المقر) على نفسه (بالزنا) طائعا (أقيل وترك) تفسير لما قبله ولا يلزمه حد ولا أدب ، سواء رجع في الحد أو قبله رجع لشبهة أو غيرها ، مثال الشبهة أن يقول : إذا وطئت زوجتي في الحيض أو وقع عقدها فاسدا فاعتقد أن الوطء المستند لمثل ذلك يسمى زنا ، وأما الهروب فإن كان في أثناء الحد فكالرجوع يسقط عنه الحد ، وأما لو كان قبل الشروع في الحد فلا يسقط حده ، والفرق أن الهروب في أثناء الحد يدل على الرجوع لإذاقته العذاب بخلافه قبله ، خلافا لظاهر كلام خليل ومثل رجوعه ما إذا شهدت عليه بينة بإقراره بالزنا والحال أنه منكر لذلك ، فإن إنكاره يعد رجوعا على مذهب ابن القاسم ، واعلم أن رجوعه بعد الإقرار إنما ينفعه في إسقاط الحد عنه لا في عدم لزوم صداق المزني ب٥ا فإنه يلزمه حيث كانت مكرهة .(تنبيه) إنما سقط الحد بالرجوع لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وبتكذيب نفسه برجوعه يحصل الاشتباه ، ومثل الزاني في سقوط حده بالرجوع عن الإقرار السارق يقر طائعا ثم يكذب نفسه فإنه يسقط عنه الحد ، وإن لزمه المال الذي أقر بسرقته سواء رجع لشبهة أم لا ، وكذلك الشارب والمحارب ومن أقرت بالإحصان ثم رجعت قبل إقامة الحد عليها ،." (٢)

"وينضح ما لم ير .(تنبيه) علم مما ذكره في التوضيح أن النضح إنما يجب مع الشك ، والشك تساوي الطرفين فأما الوهم فلا أثر له ، ولو كان له شبهة .وأما الظن فلم أر من تعرض له إلا صاحب النوادر فإنه قال بعد ذكره النضح للشك ، وكذلك إن ظن أن في ثوبه نجاسة فليرشه ا هـ .(قلت :) وهذا – والله

---

(١) مغني المحتاج، ٤/٤٩٠

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ١٨٦/٧

أعلم – لأن الشارع لم يعول في أمر النجاسة إلا على المحقق فأجاز الصلاة بالنعال التي يمشى بها في الطرقات ، وفي موضع قضاء الحاجة ونحو ذلك كما أشار إلى ذلك القرافي في الفرق التاسع والثلاثين بعد المائتين وقبله ابن راشد ، وقال الشيخ أبو حامد الغزالي .والمزيل للوسواس أن يعلم أن الأشياء خلقت طاهرة بيقين فما لا يشاهد عليه نجاسة ، ولا يعلمها يقينا يصلي به ولا ينبغي أن يتوصل بالاشتباه إلى تقدير النجاسات ا هـ .فالظاهر وجوب الغسل ؛ لأن الأحكام الشرعية مناطة بغلبة الظن ، وفي رسم نذر من سماع عيسى وسألته عن جدار المرحاض يكون نديا يلصق به الرجل ثوبه قال أما إن كان نداه شبيها بالغبار فليرشه ، ولا شيء عليه ، وإن كان بللا أو شبيها به فليغسله قال ابن رشد إذا كان شبيها بالغبار فلا يوقن بتعلقه بثوبه فكذلك قال ينضحه ؛ لأن النضح طهور لما شك في نجاسته من الثياب وإن كان بللا ، أو شبيها بالبلل فلا إشكال في وجوب غسله لتعلقه بثوبه ا هـ .ونقله ابن عرفة .فهذا يدل على أنه إذا غلب على الظن وصول النجاسة للثوب وجب الغسل ؛ لأنه إذا كانت نداوة الجدار شبيهة." (١)

"والمستحاضة غير المميزة سنة وفائدة استبراء الحرة ذات الزوج وولدها لفراش زوجها سقوط حد القذف عمن رمى ولدها بعد ستة أشهر من نحو الزنا بأنه ابن شبهة وحد من رمى ولدها لأقل منها بذلك قاله في التوضيح واستشكله ابن عاشر بأن الحد إنما يتقرر بنفي النسب لا بإثبات الشبهة إذ هي لا تستلزم نفي النسب بدليل لحوقه في نفس المسألة ا هـ .وعبارة ابن عرفة ربما تسلم من هذا البحث ونصها " واستشكل لزوم الاستبراء مع وجوب لحوق الولد وأجيب بإفادته نفي تعريض من قال لذي نسب منه يا ابن الماء الفاسد ا هـ .فإن الماء الفاسد فيه تعريض بنفي النسب لإطلاقه على ماء الزنا أيضا بخلاف الشبهة وحمل كلام المصنف على الحرة فقط لأنه سيذكر استبراء الأمة في بابه ، ولئلا يتعقب بأن المتقدم في عدة الأمة قرآن أو ثلاثة أشهر أو سنة واستبراؤها من نحو الزنا حيضة نقله ق عن المدونة ونصه : وفيها لزوم ذات الرق العدة كـالحرة واستبراؤها في الزنا والاشتباه حيضة ا هـ .ونقل نحوه عن ابن عمران والجلاب وقوله : قدرها هو المشار إليه بقولهم استبراء الحرة كعدتها وقد استثنوا استبراءها لإقامة الحد عليها في الزنا أو لقتلها بالردة والذي يعتمد عليه الملاعن فإنه بحيضة ونظمها عج بقوله : والحرة استبراؤها كالعدة لا في لعان وزنا وردة فإنها في كل ذا تستبرئ بحيضة فقط وقيت الضرا وظاهر قوله ولا يطأ الزوج أن له الاستمتاع بغير الوطء وهو مذهب ابن القاسم نقله." (٢)

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٣٩/٢

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٣٤/٩

"إن كانت حاملا ومفهوم مع العتق أنها لا تزاد نفقة الحمل مع موت سيد وهي حامل منه وهو كذلك لأن حملها وارث من أبيه فينفق عليها مدة حملها به مما يرثه من أبيه وشبه في استحقاق السكنى ونفقة الحمل فقال (ك) الزوجة (المرتدة) عن دين الإسلام وهي حامل من زوجها واستتيبت فلم تتب وأخر قتلها حتى تضع حملها ، فلها السكنى والنفقة على زوجها .(و) كالمرأة (المشتبهة) على واطئها بحليلته وهي غير عالمة بنوم أو جنون أو إغماء واشتباه بحليلها فلها السكنى والنفقة على واطئها (إن حملت) من وطئه فإن علمت فلا سكنى ولا نفقة لها لأنها زانية ، (وهل نفقة) المشتبهة الحرة أو الأمة (ذات الزوج) الذي لم يدخل بها (إن لم تحمل) وطء الشبهة وخبر نفقة (عليها) أي المرأة من مالها مدة استبرائها من وطء الشبهة بثلاثة أقراء ، للحرة وقرء للأمة (أو) نفقتها مدته (على الواطئ) الغالط في الجواب (قولان) محلهما في التي لم يبن بها زوجها وأما التي بنى بها زوجها فنفقتها وسكناها على زوجها إن لم تحمل أو حملت ولم ينفه بلعان وإلا فعلى من أحبلها ابن الحاجب وفي الغالط بغير العالمة ذات الزوج قولان غ لشراحه في صفة القولين ثلاث عبارات .الأولى كما هنا وهي التي في التوضيح وما وقفت عليه من نسخ ابن عبد السلام ولم أقف عليها لغيرهما الثانية على الزوج أو الواطئ ونسبها ابن عرفة لابن عبد السلام ووهمه فيها الثالثة عليها أو على زوجها وهي التي عند ابن عرفة." (١)

"واتفاق البائع والمشتري على واحد ، وكالموطوءة باشتباه(و) جاز (اتفاق البائع) لموطوءته بلا استبراء (والمشتري) لها (على) استبراء (واحد) لحصول غرضهما به ، ومعناه وضعها عند أمين حتى تحيض قبل عقد البيع أو بعده ، فإن قلت إن وضعت قبل البيع فقد فعل البائع ما يجب عليه دون المشتري وإن وضعت بعده فالعكس .قلت لعل هذه المسألة مستثناة من القاعدتين لوجود المواضعة فيها ا هـ .عب البناني المتبادر من النقل أن المراد استبراؤها قبل البيع فقط فلا تتكرر معه المواضعة الآتية ، وعطف على كالموطوءة إن بيعت أو زوجت فقال (وك) الأمة (الموطوءة باشتباه) على غير سيدها بزوجته أو أمته أو زنا أو غصب أو أسر أو صبي فيجب استبراؤها على سيدها قبل وطئه إياها أو تزويجها لغيره بحيضة ، واستشكل وجوبه حيث كان سيدها مسترسلا عليها بأنه لا فائدة فيه إذ ولدها لا حق فيه وأجيب بحمله على ما إذا لم يطأها سيدها أو استبرأها قبل الوطء المذكور ولم يطأها بعده .وبأن فائدته تظهر في رميه

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٢٦/٩

بأنه ابن شبهة فإن كان لا يلحق به فلا يحد راميه وإلا حد ومحل وجوب استبرائها إذا لم تكن ظاهرة الحمل من سيدها قبل وطء الشبهة ونحوه." (١)

"(و) إن طلق زوجته ، أو مات وهي حامل منه فيهما ثم وطئت قبل وضعها بكاشتباه (هدم) بإهمال الدال وإعجامها أي أسقط (وضع حمل) من معتدة من طلاق أو وفاة ووطئت وطئا فاسدا بكاشتباه في عدتها قبل وضعه ونعت حمل بجملة (ألحق) بضم الهمز وكسر الحاء نسبه (ب) ذي (نكاح صحيح) وهو الزوج الذي طلقها أو مات عنها فقد طرأ عليها موجب استبراء على موجب عدة ومفعول هدم (غيره) أي الاستبراء من الوطء الفاسد فتحل بوضعه ، ويسقط الاستبراء عنها ؛ لأنه إنما كان خوفا من حملها منه وقد انتفى بوضعه (و) إن ألحق الحمل (ب) ذي وطء (فاسد) بأن تزوجت في عدتها بعد حيضة أو وطئت بشبهة فيها بعدها ، وحملت منه فيهما فيهدم وضعه (أثره) أي الفاسد فيخرجها من استبرائه .(و) يهدم (أثر الطلاق) فيخرجها من عدته أيضا البناني الذي عند غير واحد أنه لا فرق بين كون الطلاق متقدما على الفاسد أو متأخرا عنه. قاله أبو علي ونقل ما يشهد له ومفهوم ألحق بصحيح أو فاسد أن حمل الزنا لا يهدم أثر الطلاق ، ونص ابن رشد لا خلاف في أن حمل الزنا لا يبرئها من عدة الطلاق فلا بد لها من ثلاث حيض بعد الوضع ا هـ ونحوه في سماع أبي زيد ابن عرفة سمع أبو زيد ابن القاسم من غصبت امرأته فحملت منه فلا يطؤها حتى تضع فإن أبتها زوجها فلا بد لها من ثلاث حيض بعد الوضع ثم قال ابن عرفة قول ابن رشد وقول ابن القاسم في هذا السماع نص في أن دم نفاسها لا يعتد به حيضة خلاف قول ابن محرز." (٢)

"الأعرج عن ذلك فقال الأول طعام شبهة تسترت منه بالصوم كما ورد وقال الثاني كنت آكل مقدار ما أتصدق ؛ لأنه مجهول الأرباب والمباشر كالغاصب وقال الثالث أعتمد القول بأن الغلات للغاصب إذ الخراج بالضمان وقال الرابع طعام مستهلك ترتبت القيمة في ذمة مستهلكه فحل تناوله وقد مكنني منه فحل لي وقال الخامس طعام مستحق للمساكين قدرت على استخلاصه فاستخلصته وأوصلته إلى أربابه وكان تصدق بما أخذ قال المصنف هذا أحرى بالصواب لجمعه بين الفقه والورع وما فعله الرابع هو صريح الفقه ولبابه وبالجملة فالإنسان فقيه نفسه بعد التوقف في موقف الاشتباه ومن لم تكن له بصيرة فعليه بالتحفظ ما أمكن وقد جزم بعض العلماء بتحريم أموال الظلمة وأنكره عز الدين بن عبد السلام قائلا يحمله

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٣٦/٩

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٧٩/٩

الورع على ذلك ولو تورع في دين الله أن يقول فيه غير ما هو حكم الله كان خيرا انتهى . بنقل سيدي أحمد أقيت قال في النصيحة وهذا مع الجهل قال شارحها تقدم في كلام الأئمة المجيزين التقييد بما إذا لم يتبين أن المأخوذ من الحرام ا هـ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .==========." (١)

"فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله إن اطلع على ذلك قبل فوات الإبان فعلى الزارع كراء سنة ويجبر صاحب الأرض على قبوله وصاحب البذر على دفعه ، وإن اطلع عليه بعده فلا شيء لصاحب الأرض على الزارع والزرع له . قال ابن سلمون ومن زرع أرض جاره وادعى أنه غلط فيها فالزرع للزارع ويكون عليه الكراء لرب الأرض وقال بعض الشيوخ ينظر إلى حال الزارع فإن كان ممن لا يظن به أنه يستسهل ذلك فعليه الكراء وله الزرع ، وإن كان ممن يظن به ذلك فعليه اليمين أنه ما تعمد ذلك فإن كانت من العرض المعروفة بحدودها فقال ابن رشد لا يعذر في ذلك بجهل وإنما الخلاف في الفدادين فأصبغ يعذره فيها بالجهل ؛ لأنها في فحوص وقد تجهل أحوازها لاشتباهها مع قلة التكرار عليها وسحنون لا يعذره في الفدادين أيضا بالجهل ولا يصدقه فيما ادعاه من الغلط فالزرع عنده لصاحب الأرض وللزارع مثل حبه إلا أن يكونا لم يتحاكما ، ولم يعلما بذلك حتى حبب الزرع وفات إبان الزريعة فيكون الزرع لزارعه وعليه كراء الأرض وفي وثائق ابن فتحون إن خرج ليلا فغلط فزرع أرض جاره فلا شيء له من الزرع وغلطه على نفسه ، وإن كانت لقوم فدادين متلاصقة فزرعوها واختلطت عليهم عند حصادها فقال ابن حبيب يحلف كل واحد منهم على ما بذره ثم يقتسمون الطعام على عدد ذلك انتهى . ويقيد قول أصبغ ببقاء الإبان فإن فات فالزرع لزارعه ولا شيء عليه من الكراء قال في المجموع مشبها في تعين كراء سنة كان الزارع ذا شبهة أو مجهولا واستحقت قبل الفوات أي فوات إبانها تشبيه في كراء المثل وإلا بأن فات وقت ما تراد له الأرض فلا شيء لربها على ذي الشبهة ولمجهول انتهى ، والله سبحانه وتعالى أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .============#(ما قولكم) في رجل له دراهم على آخر فصالحه عنها بجاموسة ثم ادعى رجل آخر أنه شريك في الجاموسة بالنصف فما الحكم .فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله تطلب من مدعي الشركة البينة فإن أقامها وسلمها الحائز للجاموسة قضى للمدعي بنصفه وخير رب الدراهم برد النصف الآخر والرجوع بجميع دراهمه على المصالح والتماسك به في مقابله والرجوع عليه بالنصف الآخر قال ابن سلمون وأما الجزء الشائع إذا استحق مما لا ينقسم فيخير في التمسك بالباقي بحصته من الثمن ؛ لأن حصته

---

(١) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٥/١٤

معلومة بغير تقويم فاستصحب العقد بحسب الإمكان ا هـ . وقال الخرشي أما إن كان المبيع متحدا كدار فاستحق بعضها قليلها أو كثيرها فإن المشتري يخير في الرد والإبقاء كما يأتي عند قوله أو استحق شائع وإن قل ، إذ معناه أن المشتري يثبت له الخيار إذا استحق من المبيع شائع سواء قل أو كثر بين التماسك بالباقي والرجوع بحصة المستحق وبين الرد والرجوع بجميع الثمن ولا يحرم عليه التمسك بالأقل بخلاف ما إذا كان المستحق معينا وهذا إن لم يحضر المدعي مجلس الصلح ، ولم يسكت عاما بلا عذر فإن حضر عقد الصلح أو سكت عاما بلا عذر بعده فلا كلام له مع الحائز ولو قامت له بينة بها والله سبحانه وتعالى أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .==========." (١)

"أهل علم ودين فكان فيهم من قال أنا صائم ومنهم من أكل وقلل ومنهم من أكل الغلات كالسمن فقط ومنهم من شمر للأكل بكله . ومنهم من قال هاتوا من طعام الأمير على وجه البركة فإني صائم فسألهم الشيخ وأظنه أبا إبراهيم الأعرج عن ذلك فقال الأول طعام **شبهة** تسترت منه بالصوم كما ورد وقال الثاني كنت آكل مقدار ما أتصدق ؛ لأنه مجهول الأرباب والمباشر كالغاصب وقال الثالث أعتمد القول بأن الغلات للغاصب إذ الخراج بالضمان وقال الرابع طعام مستهلك ترتبت القيمة في ذمة مستهلكه فحل تناوله وقد مكنني منه فحل لي وقال الخامس طعام مستحق للمساكين قدرت على استخلاصه فاستخلصته وأوصلته إلى أربابه وكان تصدق بما أخذ قال المصنف هذا أحرى بالصواب لجمعه بين الفقه والورع وما فعله الرابع هو صريح الفقه ولبابه وبالجملة فالإنسان فقيه نفسه بعد التوقف في موقف **الاشتباه** ومن لم تكن له بصيرة فعليه بالتحفظ ما أمكن وقد جزم بعض العلماء بتحريم أموال الظلمة وأنكره عز الدين بن عبد السلام قائلا يحمله الورع على ذلك ولو تورع في دين الله أن يقول فيه غير ما هو حكم الله كان خيرا انتهى . بنقل سيدي أحمد أقيت قال في النصيحة وهذا مع الجهل قال شارحها تقدم في كلام الأئمة المجيزين التقييد بما إذا لم يتبين أن المأخوذ من الحرام ا هـ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .==========#(ما قولكم) في رجل له ثلث بيت تركه وأقام في بلد آخر مدة ، ثم رجع له فوجد بنت أخته ساكنة فيه فسكن معها فيه ووهبه لها واستمر ساكنا معها فيه حتى مات فأراد وارثه إخراجها وأخذ الثلث الموهوب لها فهل له ذلك أفيدوا الجواب .." (٢)

(١) فتاوى ابن عليش، ١٥٨/٢

(٢) فتاوى ابن عليش، ٢٣٩/٢

"قابل المكروه فيصدق بخلاف الأولى فإذن كان الأولى أن يقول قوله فواسع أي جائز بمعنى أنه ليس بمكروه فلا ينافي أنه خلاف الأولى إلا أن يكون موسوسا وهذا التقرير الذي قرر به الشارح هو المرضي وخلاف ذلك تقرير أن أولهما أن معنى واسع غير ضيق فيما يعبر به كأن يقول أصلي فرض الظهر أصلي الظهر أو نويت أصلي الظهر أو نحو ذلك ثانيهما التلفظ وعدمه على حد سواء (قوله فالعقد) أي فالعبرة بما عقده أي نواه يدل على ذلك قول الشارح فالعبرة بالنية إلخ .(قوله للخلاف في الشبهة) كذا في نسخته من الاشتباه والأولى أن يقول للخلاف والشبهة كذا في زروق على الإرشاد أي إن بعضهم حكم بعدم الصحة مع النسيان أيضا (قوله وهذا التعليل يقتضي إلخ) لا يخفى أن هذا التعليل لا يقتضي هذا التفصيل .(قوله وإعادة النية إلخ) ظاهره مع اعتداده بما فعل من الركعات وربما يدل عليه قول المصنف فالعقد ويحتمل إعادة النية مع عدم اعتداده بما فعل من الركعات قيل وهو الظاهر بل المتعين في كلام الإرشاد ؛ لأنه كالإضراب عن قول المصنف فالعقد بجعله هو الأحوط ولعل المراد إعادة اللفظ موافقا للنية وإلا فالفرض أن نيته موافقة لما عليه والمخالفة في اللفظ فقط كذا في عب (أقول) لا يخفى أننا قد نهيناه عن ذلك فالأحسن أن المراد إعادة النية خالية عن مخالفة فتصدق بالنية وحدها بدون تلفظ وحاصله أن معنى الاحتمال الثاني أنه يبتدئ الصلاة من أولها .(فإن قلت) إنه إذا." (١)

"(قوله يعني أن المعتدة من طلاق غير رجعي أو موت) ومثل ذلك المعتدة من شبهة نكاح والأولى زيادتها ؛ لأن قول المصنف معتدة شامل للمعتدة من شبهة نكاح (قوله أو شبهة) هو المشار له بقوله ، وإن بشبهة .والحاصل أن المعنى وتأبد تحريمها بوطء هذا إذا كان وطئا مستندا لنكاح بل ، وإن كان مستندا لشبهة نكاح فحاصله حينئذ أنك تقول طرأت عدة من نكاح أو شبهة نكاح على عدة من نكاح أو شبهته أو استبراء من زنا أو غصب فالصور ثمانية ؛ لأن الطارئ إما عدة نكاح أو شبهته والمطروء عليه عدة من نكاح أو شبهته أو استبراء من غصب أو زنا (قوله فلا يتأبد تحريمها ؛ لأنها زوجة) وهل يحد الواطئ ؛ لأنه زان حينئذ لكونها زوجة الغير أو لا وللشيوخ في باب الزنا ما يدل على أنه يحد قال بعض وانظر وطء الصبي هل يؤبد تحريمها كالبالغ .(قوله وكذا المستبرأة من زناه) فلا يتأبد فيها التحريم ويستبرئها من هذا الماء الفاسد وينهدم الأول إن كان بقي منه شيء ؛ لأنه استبراء طرأ على مثله ثم يعقد عليها إن شاء (قوله : وإن بشبهة) كان الأولى أن يقول وإن باشتباه ؛ لأن الاشتباه الالتباس في المحل والشبهة السبب المسوغ للإقدام وهذا ليس معه ذلك ؛ لأن نكاح العدة لا شبهة فيه أي ، وإن كان وطؤه في العدة

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٠٤/٣

باشتباه أي غلط (قوله كوطء الغلط) أدخلت الكاف الإكراه كما أفاده في ك إلا أنك خبير بأن الإكراه غصب فيكون من قبيل الزنا والمراد بالوطء الخلوة ، ولو تقاررا." (١)

"(قوله وتلاعنا إلخ) ويحلف الزوج في الغصب لقد غصبت وفي الاشتباه لقد غلبت أو وطئت بشبهة ولا يحلف لقد زنت ؛ لأنه يدعي أنها غصبت أو وطئت بشبهة ولم يثبت وثمرة لعانه نفي الولد عنه وثمرة لعانها نفي الحد عنها .(قوله ولم يظهر) هو أعم ؛ لأن الثبوت بالبينة والظهور ولو بالإشاعة أو القرينة فالأولى الاقتصار على الثاني .(قوله ما زنيت ولقد غلبت) هذا وتقول في لعانها إذا صدقته في دعوى وطء الشبهة ما زنيت ولقد غلبت وأما في دعوى الغصب فتقول ما زنيت بحال وأما إن كذبته فتقول ما زنيت بحال فيهما فإن نكلت عن اللعان رجمت فيما إذا صدقته انتهى (قلت) ولا يظهر فرق بين دعوى الغصب والشبهة فعبارة عب أحسن ونصه أو صدقته على أنها وطئت غصبا أو شبهة ولم تثبت ما ذكر من غصبها أو شبهتها ببينة ولم يظهر للجيران فإنهما يتلاعنان وتقول إن صدقته ما زنيت ولقد غلبت وأما إن أنكرته فإنها تقول ما زنيت ويفرق بينهما وإن نكلت رجمت .(قوله وتقول الزوجة) أي فيما إذا صدقته في دعوى الغصب أو الشبهة وأما إن أنكرت الوطء فإنها تقول ما زنيت ويفرق بينهما وإن نكلت رجمت .(قوله قال محمد ويفرق بينهما وإن نكلت رجمت) عبارة عج فإن نكلت عن اللعان رجمت فيما إذا صدقته فأحرى إذا كذبته اللخمي الصواب أن لا لعان عليها إذا التعن ؛ لأنه إنما أثبت عليها بأيمانه غصبا أو وطء شبهة ووجه البساطي رجمها حيث لم تلاعن بأنها اعترفت بالوطء غصبا أو شبهة." (٢)

"قابل المكروه فيصدق بخلاف الأولى فإذن كان الأولى أن يقول قوله فواسع أي جائز بمعنى أنه ليس بمكروه فلا ينافي أنه خلاف الأولى إلا أن يكون موسوسا وهذا التقرير الذي قرر به الشارح هو المرضي وخلاف ذلك تقرير أن أولهما أن معنى واسع غير ضيق فيما يعبر به كأن يقول أصلي فرض الظهر أصلي الظهر أو نويت أصلي الظهر أو نحو ذلك ثانيهما التلفظ وعدمه على حد سواء (قوله فالعقد) أي فالعبرة بما عقده أي نواه يدل على ذلك قول الشارح فالعبرة بالنية إلخ .(قوله للخلاف في الشبهة) كذا في نسخته من الاشتباه والأولى أن يقول للخلاف والشبهة كذا في زروق على الإرشاد أي إن بعضهم حكم بعدم الصحة مع النسيان أيضا (قوله وهذا التعليل يقتضي إلخ) لا يخفى أن هذا التعليل لا يقتضي هذا التفصيل .(قوله وإعادة النية إلخ) ظاهره مع اعتداده بما فعل من الركعات وربما يدل عليه قول المصنف

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٨١/١٠

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢١٠/١٣

فالعقد ويحتمل إعادة النية مع عدم اعتداده بما فعل من الركعات قيل وهو الظاهر بل المتعين في كلام الإرشاد ؛ لأنه كالإضراب عن قول المصنف فالعقد بجعله هو الأحوط ولعل المراد إعادة اللفظ موافقا للنية وإلا فالفرض أن نيته موافقة لما عليه والمخالفة في اللفظ فقط كذا في عب (أقول) لا يخفى أننا قد نهيناه عن ذلك فالأحسن أن المراد إعادة النية خالية عن مخالفة فتصدق بالنية وحدها بدون تلفظ وحاصله أن معنى الاحتمال الثاني أنه يبتدئ الصلاة من أولها .(فإن قلت) إنه إذا." (١)

"(قوله يعني أن المعتدة من طلاق غير رجعي أو موت) ومثل ذلك المعتدة من شبهة نكاح والأولى زيادتها ؛ لأن قول المصنف معتدة شامل للمعتدة من شبهة نكاح (قوله أو شبهة) هو المشار له بقوله ، وإن بشبهة .والحاصل أن المعنى وتأبد تحريمها بوطء هذا إذا كان وطئا مستندا لنكاح بل ، وإن كان مستندا لشبهة نكاح فحاصله حينئذ أنك تقول طرأت عدة من نكاح أو شبهة نكاح على عدة من نكاح أو شبهته أو استبراء من زنا أو غصب فالصور ثمانية ؛ لأن الطارئ إما عدة نكاح أو شبهته والمطروء عليه عدة من نكاح أو شبهته أو استبراء من غصب أو زنا (قوله فلا يتأبد تحريمها ؛ لأنها زوجة) وهل يحد الواطئ ؛ لأنه زان حينئذ لكونها زوجة الغير أو لا وللشيوخ في باب الزنا ما يدل على أنه يحد قال بعض وانظر وطء الصبي هل يؤبد تحريمها كالبالغ .(قوله وكذا المستبرأة من زناه) فلا يتأبد فيها التحريم ويستبرئها من هذا الماء الفاسد وينهدم الأول إن كان بقي منه شيء ؛ لأنه استبراء طرأ على مثله ثم يعقد عليها إن شاء (قوله : وإن بشبهة) كان الأولى أن يقول وإن باشتباه ؛ لأن الاشتباه الالتباس في المحل والشبهة السبب المسوغ للإقدام وهذا ليس معه ذلك ؛ لأن نكاح العدة لا شبهة فيه أي ، وإن كان وطؤه في العدة باشتباه أي غلط (قوله كوطء الغلط) أدخلت الكاف الإكراه كما أفاده في ك إلا أنك خبير بأن الإكراه غصب فيكون من قبيل الزنا والمراد بالوطء الخلوة ، ولو تقاررا." (٢)

"(قوله وتلاعنا إلخ) ويحلف الزوج في الغصب لقد غصبت وفي الاشتباه لقد غلبت أو وطئت بشبهة ولا يحلف لقد زنت ؛ لأنه يدعي أنها غصبت أو وطئت بشبهة ولم يثبت وثمرة لعانه نفي الولد عنه وثمرة لعانها نفي الحد عنها .(قوله ولم يظهر) هو أعم ؛ لأن الثبوت بالبينة والظهور ولو بالإشاعة أو القرينة فالأولى الاقتصار على الثاني .(قوله ما زنيت ولقد غلبت) هذا وتقول في لعانها إذا صدقته في دعوى وطء الشبهة ما زنيت ولقد غلبت وأما في دعوى الغصب فتقول ما زنيت بحال وأما إن كذبته فتقول

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٣٠٤/٣

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٨١/١٠

ما زنيت بحال فيهما فإن نكلت عن اللعان رجمت فيما إذا صدقته انتهى (قلت) ولا يظهر فرق بين دعوى الغصب والشبهة فعبارة عب أحسن ونصه أو صدقته على أنها وطئت غصبا أو شبهة ولم تثبت ما ذكر من غصبها أو شبهتها ببينة ولم يظهر للجيران فإنهما يتلاعنان وتقول إن صدقته ما زنيت ولقد غلبت وأما إن أنكرته فإنها تقول ما زنيت ويفرق بينهما وإن نكلت رجمت .(قوله وتقول الزوجة) أي فيما إذا صدقته في دعوى الغصب أو الشبهة وأما إن أنكرت الوطء فإنها تقول ما زنيت ويفرق بينهما وإن نكلت رجمت .(قوله قال محمد ويفرق بينهما وإن نكلت رجمت) عبارة عج فإن نكلت عن اللعان رجمت فيما إذا صدقته فأحرى إذا كذبته اللخمي الصواب أن لا لعان عليها إذا التعن ؛ لأنه إنما أثبت عليها بأيمانه غصبا أو وطء شبهة ووجه البساطي رجمها حيث لم تلاعن بأنها اعترفت بالوطء غصبا أو شبهة." (١)

"لحصول غرضهما بذلك بأن توضع تحت يد أمين حتى ترى الدم.(وكالموطوأة باشتباه) معطوف علىقوله: كالموطوأة إن بيعت وأعاد الكاف لبعد الفصل أي ويجب استبراء الامة إذا وطئت غلطا كما لو زنت أو غصبت قبل أن يطأها، وفائدة الاستبراء في هذه مع أن الولد لاحق به تظهر فيمن رماه بأنه ابن شبهة، فلا يحد إذا لم يستبرئ وإلا حد (أو ساء الظن) أي يجب الاستبراء بحصول الملك إذا أساء المشتري مثلا ظنه بالامة التي اشتراها، ومثله بقوله: (كمن) أي كأمة (عنده) أي عند المشتري مودعة أو مرهونة مثلا (تخرج) في قضاء الحوائج أو يدخل عليها فاشتراها لاحتمال أن تكون قد وطئت بزنا أو غصب ولا يعترض على هذا بأمته المملوكة تخرج في قضاء الحوائج لان ذلك يشق في أمته (أو) كانت مملوكة (لكغائب) عنها لا يمكنه الوصول إليها عادة أو لصبي أو امرأة أو محرم (أو مجبوب) فيجب استبراؤها على مشتريها مثلا (أو مكاتبة) تتصرف بالخروج والدخول (عجزت) عن الاداء ورجعت رقا فيجب على سيدها استبراؤها وهذه الثلاثة من أمثلة سوء الظن (أو أبضع فيها) أي في الامة بأن دفع ثمنا لمن يشتريها له به فاشتراها (وأرسلها مع غيره) من غير إذن في إرسالها فحاضت في الطريق وجب على سيدها استبراؤها، ولا يكتفي بهذه الحيضة لان الرسول حينئذ ليس بأمينه، بخلاف لو قدم بها المبضع معه أو أرسلها بإذن (و) يجب الاستبراء على الوارث (بموت سيد) وسواء كان السيد حاضرا أو غائبا (وإن استبرئت) أي استبرأها سيدها قبل موته فلا بد من استبراء الوارث." (٢)

(١) شرح خليل للخرشي، ٢١٠/١٣

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٤٩٢/٢

"الشهود ، ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ، ولا يقطع في السرقة إلا الإمام ، وبه قال : الليث ، وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على العبيد إلا الإمام ، وقال الشافعي : يقيم السيد على عبده جميع الحدود ، وهو قول أحمد وإسحاق ، وأبي ثور . فعمدة مالك الحديث المشهور : " أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن ، فقال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ولو بضفير " ، وقوله – عليه الصلاة والسلام – : " إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها " . وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روي عنه – صلى الله عليه وسلم – من حديث عنه أنه قال : " أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم " ولأنه أيضا مروي عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم ، منهم ابن عمر وابن مسعود ، وأنس . وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان . وروي عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والفيء والحكم إلى السلطان .فصل : وأما بماذا يثبت هذا الحد ، فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين . واختلفوا في ثبوته بالرائحة ، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز : يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ، وخالفه في ذلك الشافعي ، وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق ، وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لا يثبت الحد بالرائحة . فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط . وعمدة من لم يثبتها **اشتباه** الروائح ، والحد يدرأ **بالشبهة** .بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماكتاب السرقةوالنظر في هذا الكتاب في حد السرقة ، وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد ، وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد ، وفي العقوبة ، وفيما تثبت به هذه الجناية . [تعريف السرقة] فأما السرقة ، فهي أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا إياس بن معاوية ، فإنه أوجب في الخلسة القطع ، وذلك مروي عن النبي – عليه الصلاة والسلام – . وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور : " أنها كانت تستعير الحلي ، وأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قطعها لموضع جحودها " وبه قال أحمد." (١)

"ورجح عج ما يأتي ؛ لأنه نص المدونة وقال ابن عرفة : إنه خلاف المعروف فالمعروف أن التعريض ليس كالصريح ، وجعل الشيخ أحمد الخلاف لفظيا فحمل قول المدونة أن التعريض كالصريح على التعريض

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٧٥٦

القريب من التصريح ، وحمل قول ابن عرفة المعروف : إن التعريض ليس كالصريح على التعريض الخفي البعيد من الصريح تأمل (قوله : أو صدقته فيهما) أي صدقته على أنها وطئت غصبا أو وطئت بشبهة (قوله ولم يثبت) أي الغصب ببينة .(قوله : وتقول الزوجة إذا صدقته) أي على حصول الغضب أو الشبهة ما زنيت أي تقول أربعا أشهد بالله ما زنيت ولقد غلبت وإني لمن الصادقين وتقول في خامستها : غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين ويقول الزوج في الغصب لقد غصبت وفي الاشتباه لقد غلبت أو وطئت مشتبهة ولا يحلف لقد زنيت ؛ لأنه يدعي أنها غصبت أو وطئت بشبهة وثمرة لعانه نفي الولد عنه وثمرة لعانها نفي الحد عنها (قوله : وأما إذا كذبته) أي في دعواه الغصب أو الشبهة (قوله : فإن نكلت رجمت) أي سواء صدقته ، أو كذبته ؛ لأنها إن لم تلاعن كانت معترفة بالوطء غصبا أو شبهة ومن اعترف بالزنا على وجه الغصب أو الشبهة يحد ا هـ عدوي وما ذكره من أنه إذا رماها بغصب تلاعنا مطلقا صدقته أو كذبته فإن تلاعنا فرق بينهما ، وإن نكلت رجمت هو قول محمد بن المواز وقبله التونسي وصوب اللخمي أنه إذا رماها بغصب أو شبهة فلا لعان عليها وإنما يلتعن الزوج لنفي الولد عنه ولا نعلم." (١)

"(وكالموطوءة باشتباه) معطوف على قوله كالموطوءة إن بيعت وأعاد الكاف لبعد الفصل أي ويجب استبراء الأمة إذا وطئت غلطا كما لو زنت أو غصبت قبل أن يطأها ، وفائدة الاستبراء في هذه مع أن الولد لاحق به تظهر فيمن رماه بأنه ابن شبهة فلا يحد إذا لم يستبرئ ، وإلا حد .s(قوله : أي ويجب استبراء الأمة) أي وكذلك الحرة إذا وطئت غلطا لكن بثلاثة أقراء (قوله : كما لو زنت) أي كما يجب استبراؤها لو زنت أو غصبت (قوله : قبل أن يطأها) متعلق بقوله : يجب استبراء الأمة إذا وطئت غلطا ، وظاهره وجوب استبرائها ولو كانت ظاهرة الحمل من السيد قبل الوطء باشتباه وما معه من الزنا والغصب ، وهو ما اختاره ابن رشد لاحتمال انفشاش الحمل ، وقيل : إنه لا يجب الاستبراء في هذه الحالة ، ولا يحرم وطؤها ، ولا الاستمتاع بها (قوله : في هذه) أي الموطوءة باشتباه (قوله : مع أن الولد لا حق به) أي بالسيد ؛ لأنه للفراش وقوله : تظهر إلى آخر ما ذكره من التفصيل في الحد وعدمه مقيد بما إذا كان الولد يمكن أن يكون من وطء الشبهة بأن أتت به لستة أشهر فأكثر من وطء الشبهة أما إن أتت به لخمسة أشهر منه فالحد مطلقا ومقيد بما إذا لم ينفه السيد ، وإلا فلا حد (قوله : فيمن رماه) أي رمى ولد الموطوءة بشبهة." (٢)

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥/١٠

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٩١/١٠

"(قوله : ولو تزوجت معتدة إلخ) صورته امرأة طلقها زوجها أو مات عنها فشرعت في عدة الطلاق أو الوفاة فوطئت **باشتباه** أو بزنا أو بغصب أو نكحت في العدة ، ودخل بها وفرق بينهما ثم إنه نشأ حمل ولحق بصاحب العدة بأن أتت به لستة أشهر من الوطء الثاني لكن من غير تقدم حيضة عليه ، أو أتت به لأقل من ستة أشهر ، ولو بعد تقدم حيضة عليه فهذا الوضع يهدم الاستبراء وتحل للأزواج ويهدم أيضا عدة الوفاة والطلاق وأما إن لحق ذلك الحمل بصاحب الوطء الثاني بأن أتت به لستة أشهر من الوطء الثاني وكان الوطء الثاني واقعا بعد حيضة أو كان **بشبهة** كغلط أو بعقد غير عالم فإن وضع ذلك الحمل يهدم عدة الطلاق والاستبراء وتحل للأزواج ولا يهدم عدة الوفاة بل تنتظر أقصى الأجلين وهما وضع الحمل والأربعة أشهر وعشر وهذا معنى قول المصنف ولا يهدم أثر الصحيح من الوفاة وعليها أقصى الأجلين .(قوله : ألحق بنكاح صحيح) أي بذي النكاح الصحيح وذلك بأن ولدته لستة أشهر من الوطء الثاني ولم يتقدم على ذلك الوطء حيضة أو ولدته لأقل من ستة أشهر من الوطء الثاني ولو وقع ذلك الوطء بعد حيضة فقول الشارح بأن وطئها الثاني قبل حيضة الأولى أن يقول بأن أتت به لستة أشهر من وطء الثاني من غير تقدم حيضة إلى آخر ما قلنا (قوله : الاستبراء) أي وأولى عدة الصحيح من طلاق أو وفاة أي إنه يجزيها ذلك الوضع عن مسبب لوطأين أعني العدة والاستبراء (قوله : كما لو." (١)

") أي شربه لإساغة الغصة على قول ضعيف وهو لابن عرفة (قوله : والراجح) عدمها أي عدم حرمة شربه لإساغة الغصة (قوله : بأن ظنه خلا مثلا) أي أو لبنا أو ماء أو عسلا وقوله فلا حد عليه أي ولو سكر منه قال عبق والظاهر كراهة قدومه على شربه مع ظنه غيرا ، وأما مع شكه في كونه غيرا فيحرم والظاهر أنه لا يحد لدرئه **بشبهة** الشك .(قوله : كمن وطئ) أي كعذر من وطئ أجنبية (قوله : ويصدق) أي شارب الخمر في دعواه أنه ظن أنه غير وكذا يصدق واطئ الأجنبية في دعواه أنه ظنها زوجته إن كان يتأتى **الاشتباه** على ما مر في الزنا بأن كان كل من زوجته والأجنبية رفيعة أو سمينة لا إن اختلفا (قوله : بل قد قيل إلخ) هذا القول ذكره ح في شرح الرسالة عن الفاكهاني في شرح العمدة وارتضاه عج وقال الشيخ إبراهيم اللقاني : إنه لا حد في ذلك ؛ لأن مثل هذا لا يسمى شربا والقول بحده من التعمق في الدين (قوله أي يرى حل شربه) أي يرى حل شرب القدر الذي لا يسكر منه وحاصل الفقه أن الخمر وهو ما اتخذ من عصير العنب ودخلته الشدة المطربة شربه من الكبائر وموجب للحد ولرد الشهادة إجماعا لا فرق بين شرب كثيره وقليله الذي لا يسكر ، وأما النبيذ وهو ما اتخذ من ماء الزبيب أو البلح ودخلته الشدة

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٤٨/١٠

المطربة فشرب القدر المسكر منه كبيرة وموجب للحد وترد به الشهادة إجماعا وأما شرب القدر الذي لا يسكر منه لقلته فقال مالك : إنه كبيرة وموجب للحد ولرد الشهادة وقال." (١)

"" سبق الكتاب اجله، اخطبها إلى نفسها، قال القاضى عياض: والحديث - يعني حديث سبيعة - مبتور، نقص منه قولها " فنفست بعد ليال فخطبت " قال الحافظ بن حجر في الفتح: وقد ثبت المحذوف في رواية ابن ملحان عن يحيى ابن بكير شيخ البخاري ولفظه " فمكثت قريبا من عشرين ليلة ثم نفست " وقد وقع للبخاري اختصار المتن من طريق أخصر من هذه الطريق.ووقع له في تفسير سورة الطلاق مطولا بلفظ " أن سبيعة بنت الحارث أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة فتوفى عنها في حجة الوداع وهى حامل فلم تنشب أن وضعت حملها، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب، فدخل عليه أبو السنابل بن بعكك رجل من بنى عبد الدار، فقال مالي أراك تجملت للخطاب، فإنك والله وما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر، قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزويج " وقد ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الحامل إذا مات عنها زوجها تنقضي عدتها بوضع الحمل، وأخرج سعيد بن منصور وعبد بن حميد عن على بسند صحيح أنها تعتد بآخر الاجلين، ومعناه أنها إن وضعت قبل مضى أربعة أشهر وعشر تربصت إلى انقضائها، وان انقضت المدة قبل الوضع تربصت إلى الوضع، وبه قال ابن عباس.وروى عنه أنه رجع.وروى عن ابن أبى ليلى أنه أنكر على ابن سيرين القول بانقضاء عدتها بالوضع، وأنكر أن يكون ابن مسعود قال بذلك، قال الشوكاني: وقد ثبت عن ابن مسعود من عدة طرق أنه كان يوافق الجمهور حتى كان يقول: من شاء لا عنته على ذلك.أما الاحكام: فإن الموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة، وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد، لان كلا من وطئ الشبهة والنكاح الفاسد في لحوق النسب وشغلالرحم كالوطئ الصحيح، فكانا مثله فيما تحصيل البراءة به، وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لانها زوجة." (٢)

" عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك شرط القائف أهلية الشهادات هذا أولى من اقتصاره على الإسلام والعدالة والحرية والذكورة وتجربة في معرفة النسب بأن يعرض عليه ولد في نسوة ليس

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٣/١٩

(٢) المجموع، ١٤٩/١٨

فيهن أمه ثلاث مرات ثم في نسوة فيهن أمه فإن أصاب في المرات جميعا اعتمد قوله وذكر أم لا مع النسوة ليس للتقييد بل للأولوية إذ الأب مع الرجال كذلك على الأصح فيعرض عليه الولد في رجال كذلك بل سائر العصبة والأقارب كذلك وبما ذكر علم ما صرح به الأصل أنه لا يشترط فيه عدد كالقاضي ولا كونه من بني مدلج نظرا للمعنى خلافا لمن شرطه وقوفا مع ما ورد في الخبر وهو ما روى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم مسرورا فقال ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وقد بدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض فإذا تداعيا أي اثنان وإن لم يتفقا إسلاما وحرية مجهولا لقيطا أو غيره أو ولد موطوءتهما وأمكن كونه من كل منهما كأن وطئا امرأة بشبهة كأمة لهما أو وطئ أحدهما زوجة الآخر بشبهة وولدته لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطئهما عرض عليه أي على القائف فيلحق من ألحقه به منهما فإن تخلل وطأهما حيضة فللثاني الولد لأن فراشه باق وفراش الأول قد انقطع بالحيضة

". (١)

" صلى الله عليه و سلم١٢٢ -

فإن لم يعلم القادم حتى قدم حنث الحالف و إن علم به ثم نسي فعلى قولين

ومنهم من قال : على قولين بكل حال و كذلك الغزالي في البسيط فقال : إذا علق بفعلها في غيبتها فلا أثر لنسيانها و إن كانت مكرهة بالظاهر الوقوع لأن هذا في حكم التعليق لا قصد المنع و منهم من طرد فيه الخلاف انتهى

وخالف الجمهور فخرجوه على القولين : الشيخ أبو حامد و المحاملي وصاحبها المهذب و التهذيب و الجرجاني و الخوارزمي انتهى

و قال ابن النقيب : القسم الثالث و هو :

ما إذا بالى و لم يعلم ليس في الشرح و الروضة هنا و يقتضي المنهاج : الوقوع فيه قطعا فليحرر

فرع

في المسائل المبنية على الخلاف في حنث الناسي و المكره

قال : لأقتلن فلانا و هو يظنه حيا فكان ميتا ففي الكفارة خلاف الناسي

---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٥/٤٣٥

قال : لا أسكن هذه الدار فمرض و عجز عن الخروج ففي الحنث خلاف ا لمكره

قال : لأشربن ماء هذا الكوز فانصب أو شربه غيره أو مات الحالف قبل الإمكان ففيه خلاف المكره

قال : لا أبيع ازيد مالا فوكل زيد و كيلا و أذن له في التوكيل فوكل الحالف فباع و هولا يعلم ففيه خلاف الناسي

قال : لأقضين حقك غدا فمات الحالف قبله أو أبرأه أو عجز ففيه خلاف المكره

قال : لأقضين عند رأس الهلال فاخره عن الليلة الأولى للشك فيه فبان كونها من الشهر ففيه خلاف الناسي

قال : لا رأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضي فلم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس أو جاء إلى باب القاضي فحجب أو مات القاضي قبل وصوله إليه ففيه خلاف المكره

قال : لا أفارقك حتى استوفي حقي ففر منه الغريم ففيه خلاف المكره

فإن قال : لا تفارقني ففر الغريم حنث مطلقا لأنها يمين على فعل غيره بخلاف الأولى و لا يحنث مطلقا إن فر الحالف فإن أفلس في الصورة الأولى فمنعه الحاكم من ملازمته ففيه خلاف المكره و إن استوفى فبان ناقصا ففيه خلاف الجاهل

فرع

خرج عن هذا القسم صور عذر فيها بالجهل في الضمان

منها : إذا أخرج الوديعة من الحرز على ظن أنها ملكه فتلفت فلا ضمان عليه و لو كان عالما ضمن ذكره الرافعي

قال الأسنوي : و مثله الاستعمال و الخلط و نحوهما

و منها : إذا استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير جاهلا فلا أجرة عليه نقله الرافعي عن القفال و ارتضاه

و منها : إذا أباح له ثمرة بستان ثم رجع فإن الآكل لا يغرم ما أكله بعد الرجوع و قبل العلم كما ذكره في الحاوي الصغير

وحكى الرافعي : فيه وجهين من غير تصريح بترجيح

و منها : إذا و هبت المرأة نوبتها من القسم لضرتها ثم رجعت فإنها لا تعود إلى الدور من الرجوع عل الصحيح بل من حين العلم به

ومن فروع القسم الرابع

الواطئ بشبهة فيه مهر المثل لإتلاف منفعة البضع دون الحد

منها : من قتل جاهلا بتحريم القتل لا قصاص عليه

و منها : قتل الخطأ فيه الدية و الكفارة دون القصاص

و من ذلك مسألة الوكيل : إذا اقتص بعد عفو موكله جاهلا فلا قصاص عليه على المنصوص و عليه الدية في ماله و الكفارة و لا رجوع له على العافي لأنه محسن بالعفو وقيل لا دية و قيل هي على العاقلة و قيل يرجع على العافي ؟ لأنه غره بالعفو

ونظير هذه المسألة : ما لو أذن الإمام للولي في قتل الجانية ثم علم حملها ؟ فرجع و لو يعلم الولي رجوعه فقتل ؟ فالضمان على الولي

و من ذلك : بعض أقسام مسالة الدهشة و لنلخصها فنقول :

إذا قال مستحق اليمين للجاني : أخرجها فاخرج يساره فقطعت فله أحوال أحدها : أن يقصد إباحتها فهي مهدرة لا قصاص و لا دية سواء علم القاطع أنها اليسار و أنها لا تجزئ أولا لأن صاحبها مجانا و لأن فعل الإخراج اقترن بقصد الإباحة فقام مقام النطق كتقديم الطعام إلى الضيف و لأن الفعل بعد السؤال و الطلب كالإذن كما لو قال ناولني يدك لأقطعها فأخرجها أو ناولني متاعك لألقيه في البحر فناوله فلا ضمان نعم يعزر القاطع إذا علم و يبقى قصاص اليمين كما كان

فإن قال : ظننت أنها تجزئ أو علمت أنها لا تجزئ و لكن جعلتها عوضا عنها سقط و عدل إلى دية اليمين لرضاه بسقوط قصاصها اكتفاء باليسار

الحال الثاني : أن يقصد المخرج إجزاءها عن اليمين فيسأل المقتص

فإن قال : ظننت أنه أباحها بالإخراج أو أنها اليمين أو علمت أنها اليسار وأنها لا تجزئ و لا تجعل بدلا فلا قصاص فيها في الصور الثلاث في الأصح لتسليط المخرج له عليها و لكن تجب ديتها و يبقى قصاص اليمين

و إن قال : علمت أنها اليسار و ظننت أنها تجزئ سقط قصاص اليمين و تجب لكل الدية على الآخر

الحال الثالث : أن يقول : دهشت فأخرجت اليسار و ظني أني أخرج اليمين فيسأل المقتص فإن قال ظننت أنه أباحها

قال الرافعي : فقياس المذكور في الحال الثاني أن لا يجب القصاص في ا ليسار
قال الأذرعي : و صرح به الكافي لوجود صورة البدل قال البلقيني هو السديد
قال البغوي : تجب كمن قتل رجلا و قال ظننته أذن لي في القتل لأن الظنون البعيدة لا تدرأ القصاص
و إن قال : ظننتها اليمين أو علمت أنها اليسار و ظننتها تجزئ فلا قصاص في الأصح أما في الأولى فلأن **الاشتباه** فيهما قريب
وأما في الثانية فلعذره بالظن
و إن قال : علمت أنها اليسار و أنها لا تجزئ وجب القصاص في الأصح لأنه لم يوجد من المخرج بذل و تسليط
وفي الصور كلها : يبقى قصاص اليمين إلا في قوله : ظننت أن اليسار تجزئ
و إن قال : دهشت أيضا لم يقبل منه و يجب القصاص لأن الدهشة لا تليق بحاله
و إن قال : قطعتها عدوانا و جب أيضا
و إن قال المخرج لم أسمع : أخرج يمينك و إنما و قع في سمعي يسارك
أو قال : قصدت فعل شيء يختص بي أو كان مجنونا فهو كالمدهوش
هذا تحرير أحكام هذه المسألة
و في نظيرها : من الحد يجزئ و يسقط قطع اليمين بكل حال
والفرق : أن المقصود في الحد التنكيل و قد حصل و القصاص مبني على التماثل و أن الحدود مبنية على التخفيف و أن اليسار تقطع في السرقة في بعض الأحوال و لا تقطع في القصاص عن اليمين بحال
فرع
خرج عن هذا القسم صور لم يعذر فيها بالجهل
منها : ما إذا بادر أحد الأولياء فقتل الجاني بعد عفو بعض الأولياء جاهلا به فإن الأظهر وجوب القصاص عليه لأنه متعد بالانفراد
و منها : إذا قتل من علمه مرتد أو ظن أنه لم يسلم فالمذهب : وجوب القصاص لأن ظن الردة لا يفيد إباحة القتل فإن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى الآحاد

و منها : ما إذا قتل من عهده ذميا أو عبدا و جهل إسلامه و حريته فالمذهب وجوب القصاص لأن جهل الإسلام و الحرية لا يبيح القتل

و منها : ما إذا قتل من ظنه قاتل أبيه فبان خلافه فالأظهر وجوب القصاص لأنه كان من حقه التثبت

و منها : ما إذا ضرب مريضا جهل مرضه ضربا يقتل المريض دون الصحيح فمات فالأصح : وجوب القصاص لأن جهل المرض لا يبيح الضرب

وعلم من ذلك : أن الكلام فيمن لا يجوز له الضرب

أما من يجوز له للتأديب فلا يجب عليه القصاص قطعا و صرح به في الوسيط

و خرج عنه صور عذر فيها بالجهل حتى في الضمان

منها : ما إذا قتل مسلما بدار الحرب ظانا كفره فلا قصاص قطعا و لا دية في الأظهر

و منها : إذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون فان علم إسلامه و جبت الدية وإلا فلا

و منها : إذا أمر السلطان رجلا بقتل رجل ظلما و المأمور لا يعلم فلا قصاص عليه و لا دية و لا كفارة

و منها : إذا قتل الحامل في القصاص فانفصل الجنين : ميتا ففيه غرة و كفارة

أو حيا فمات فدية

ثم إذا استقل الولي بالاستيفاء فالضمان عليه و إن أذن له الإمام فإن علما أو جهلا أو علم الإمام دون الولي اختص الضمان بالإمام على الصحيح ؟ لأن البحث عليه و هو الآمر به

و في وجه : على الولي ؟ لأنه المباشر

و في آخر : عليهما

و إن علم الولي دون الإمام اختص بالولي على الصحيح لاجتماع العلم و المباشر و في وجه : بالإمام لتقصيره

و لو باشر القتل جلاد الإمام ؟ فإن جهل فلا ضمان عليه بحال ؟ لأنه آلة الإمام و ليس عليه البحث عما يأمره به و إن كان عالما فكالولي إن علم الإمام فلا شيء عليه و إلا اختص به

و لو علم الولي مع الجلاد ففي أصل الروضة : الأصح أنه يؤثر حتى إذا كانوا عالمين ضمنوا أثلاثا

قال في المهمات : و هذا غير مستقيم ؟ لأن الأصح فيما إذا علما أو جهلا أن الضمان على الإمام خاصة فكيف يستقيم ذلك هنا ؟ قال : فالصواب تفريع المسألة على القول بالوجوب عليهما إذا علما

ثم من المشكل : أنهما صححا هنا اختصاص الضمان بالإمام إذا علم هو والولي و صححا فيما إذا رجع الشهود و اقتص الولي بعد حكم الحاكم بأن القصاص واجب على الكل بل لم يقل أحد بأن الضمان في هذه الصورة يختص بالحاكم

وصححا فيما إذا أمر السلطان بقتل رجل ظلما و كان هو و المأمور عالمين اختصاصه بالمأمور إذا لم يكن إكراه

فهذه ثلاث نظائر مختلفة

قال في ميدان الفرسان : و كأن الفرق : أن الإحاطة بسبب المنع من الإقدام على القتل في غير مسألة الحامل لا يتوقف على إخبار الحاكم به بخلاف فيها ؟ فإن مناط المنع فيها الظن الناشئ من شهادة النسوة بالحمل و منصب سماع الشهادة يختص بالحاكم فإذا أمكن من القتل بعد أدائها آذن ذلك بضعف السبب عنده فأثر في ظن الولي فذلك أحيل الضمان على تفريط الحاكم و لم يقل به عند رجوع الولي و القاضي لعدم ذلك فيه انتهى ." (١)

"الصلاة والسلام

وفي صحيح ابن حبان أنها من الجنة وتلاعن امرأة حائض أو نفساء أو متحيرة مسلمة بباب الجامع لتحريم مكثها فيه

والباب أقرب إلى المواضع الشريفة ويلاعن الزوج في المسجد فإذا فرغ خرج الحاكم أو نائبه إليها ويغلظ على الكافر الكتابي إذا ترافعوا إلينا في بيعة وهي بكسر الموحدة معبد النصارى وفي كنيسة وهي معبد اليهود وفي بيت نار مجوسي لا بيت أصنام وثني لأنه لا حرمة له وأما القسم الثاني وهو التغليظ بالزمان في المسلم فيكون بعد صلاة عصر كل يوم إن كان طلبه حثيثا لأن اليمين الفاجرة بعد العصر أغلظ عقوبة لخبر الصحيحين عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم

وعد منهم رجلا حلف على يمين كاذبة بعد العصر يقتطع بها مال امرىء مسلم فإن لم يكن طلب حثيث فبعد صلاة عصر يوم الجمعة لأن ساعة الإجابة فيه

كما رواه أبو داود والنسائي وصححه الحاكم

وروى مسلم أنها من مجلس الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/٣٥١

وأما التغليظ بالزمان في الكافر فيعتبر بأشرف الأوقات عندهم كما ذكره الماوردي وإن كان قضية كلام المصنف أنه كالمسلم ونقله ابن الرفعة عن البندنيجي وغيره

تنبيه من لا ينتحل دينا كالدهري والزنديق الذي لا يتدين بدين وعابد الوثن لا يشرع في حقهم تغليظ بل يلاعنون في مجلس الحكم لأنهم لا يعظمون زمانا ولا مكانا فلا ينزجرون

قال الشيخان ويحسن أن يحلف من ذكر بالله الذي خلقه ورزقه

لأنه وإن غلا في كفره وجد نفسه مذعنة لخالق مدبر ويسن التغليظ أيضا (في جماعة) أي بحضور جمع عدول (من) أعيان (الناس) وصلحائهم من بلد اللعان لقوله تعالى ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ولأن فيه ردعا عن الكذب وأقلهم كما في المنهاج كأصله أربعة لثبوت الزنا بهم فاستحب أن يحضر ذلك العدد ويبدأ في اللعان بالزوج فيقول (أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة) هذه (من الزنا) إن كانت حاضرة فإن كانت غائبة عن البلد أو مجلس اللعان لمرض أو حيض أو نحو ذلك سماها ورفع نسبها بما يميزها عن غيرها دفعا **للاشتباه**

وإن كان ثم ولد ينفيه عنه ذكره في كل كلمات اللعان الخمسة الآتية لينتفي عنه فيقول في كل منها (وإن هذا الولد) إن كان حاضرا أو لأن الولد الذي ولدته إن كان غائبا (من الزنا وليس) هو (مني) لأن كل مرة بمنزلة شاهد فلو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه

تنبيه قضية كلامه إنه لو اقتصر على قوله (من الزنا) ولم يقل ليس مني أنه لا يكفي قال في الشرح الكبير وبه أجاب كثيرون لأنه قد يظن أن وطء النكاح الفاسد **والشبهة** زنا ولكن الراجح أنه يكفي

كما صححه في أصل الروضة والشرح الصغير حملا للفظ الزنا على حقيقته وقضيته أيضا أنه لو اقتصر على قوله ليس مني لم يكف وهو الصحيح لاحتمال أن يريد أن لا يشبهه خلقا ولا خلقا فلا بد أن يسنده مع ذلك إلى سبب معين كقوله من زنا أو وطء **شبهة**

ويكرر ذلك (أربع مرات) للآيات السابقة أول الفصل وكررت الشهادة لتأكيد الأمر

لأنها أقيمت مقام أربع شهود من غيره ليقام عليها الحد ولذلك سميت شهادات وهي في الحقيقة أيمان وأما الكلمة الخامسة الآتية فمؤكدة لمفاد الأربع (ويقول في المرة الخامسة بعد أن يعظه الحاكم) ندبا بأن يخوفه من عذاب الله تعالى وقد قال صلى الله عليه وسلم لهلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ويأمر رجلا أن يضع يده على فيه لعله ينزجر فإن أبى بعد مبالغة الحاكم في وعظه إلا

المضي قال له قل (وعلي لعنة الله إن كنت من الكاذبين) فيما رميتها به من الزنا ويشير إليها في الحضور ويميزها في الغيبة كما في الكلمات الأربع

." (١)

"كل نصفه والله أعلم ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلثه و

شهد

وارثان حائزان

للتركة

أنه رجع عن ذلك ووصى بعتق غانم وهو ثلثه ثبت

بشهادتهما العتق

لغانم

وأما لو كان غانم دون الثلث فلا تقبل شهادة الوارثين في القدر الذي لم يعينا له بدلا

فإن كان الوارثان فاسقين لم يثبت الرجوع

عن الوصية لسالم

فيعتق سالم و

يعتق

من غانم

قدر ما يحتمله

ثلث ماله بعد سالم

وكأن سالما هلك من التركة مؤاخذة للورثة بإقرارهم

فصل

في شروط القائف وبيان إلحاقه النسب بغيره

شرط القائف

---

(١) الإقناع للشربيني، ٤٦٢/٢

هو لغة متتبع الآثار وشرعا من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله به من علم ذلك

ولقبول قوله شروط منها أنه

مسلم

فلا يقبل قول كافر

عدل

فلا يقبل فاسق

مجرب

في معرفة النسب بأن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ثم في نسوة أخر كذلك ثم في نسوة أخر كذلك ثم في صنف رابع فيهن أمة ويصيب في الكل ويلحق الأب وسائر العصبة بالأم

والأصح اشتراط حر ذكر لا عدد

فيكفي قول الواحد

ولا كونه مدلجيا

أي من بني مدلج وهم قبيلة من العرب بل يجوز أن يكون من سائر العرب والعجم

فإذا تداعيا مجهولا

صغيرا

عرض عليه

أي القائف

وكذا لو اشتركا في وطء

لامرأة

فولدت ولدا ممكنا منهما وتنازعاه

أي ادعاه كل منهما

بأن وطئا امرأة بشبهة

ظنها كل منهما امرأته

أو

وطئ شريكان أمة

مشتركة لهما أو

وطئ

زوجته وطلق فوطئها آخر بشبهة أو

في

نكاح فاسد

كأن نكحها في العدة جاهلا بها

أو

وطئ

أمته فباعها فوطئها المشتري ولم يستبرئ واحد منهما

فإن يعرض على القائف

وكذا لو وطئ

بشبهة

منكوحة

لغيره وولدت ولدا ممكنا منه ومن زوجها يعرض على القائف

في الأصح

ومقابله يلحق بالزوج

فإذا ولدت

الموطوءة ولدا في المسائل المذكورة

لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطأيهما وادعياه

أو ادعاه واحد وسكت الآخر

عرض

". (١)

---

(١) السراج الوهاج، ص/٦٢٤

" فصل : وأما القسم الثالث : وهم من له شبهة كتاب الصابئون ، والسامرية ، والمجوس لا يقبل لهم جزية ، ولا يؤكل لهم ذبيحة فهم ثلاثة أصناف : الصابئون ، والسامرية ، والمجوس . فأما السامرة : فهم صنف اليهود الذين عبدوا العجل حين غاب عنهم موسى مدة عشرة أيام بعد الثلاثين ، واتبعوا السامري ، فرجع موسى إلى قومه ، فأنكر عليهم عبادة العجل ، وأمرهم بالتوبة ، وقتل أنفسهم فمنهم من قتل . وأما الصابئون فهم صنف من النصارى ، وافقوهم على بعض دينهم وخالفوهم في بعضه ، وقد يسمى باسمهم ، ويضاف إليهم قوم يعبدون الكواكب ، ويعتقدون أنها صانعة مدبرة ، فنظر الشافعي في دين الصابئين والسامرة : فوجده مشتبها ، فعلق القول فيهم لاشتباه أمرهم ، فقال هاهنا : إنهم من اليهود والنصارى إلا أن يعلم أنهم يخالفوهم في أصل ما يحلون ويحرمون فيحرمون ، وقطع في موضع آخر أنهم منهم ، وتوقف في موضع آخر فيهم ، وليس ذلك لاختلاف قوله ، ولكن لا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام : فقال إن وافقوا اليهود والنصارى في أصل معتقدهم ، ويخالفوهم في فروعه فيقر السامرة بموسى والتوراة ، ويقر الصابئون بعيسى والإنجيل ، فهؤلاء كاليهود." (١)

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو قال أحدهما : قتله غدوة . وقال الآخر : عشية . أو قال أحدهما : بسيف . والآخر : بعصا . فكل واحد منهما مكذب لصاحبه ، ومثل هذا يوجب القسامة " . قال الماوردي : إذا تعارض الشاهدان فأثبت كل واحد منهما ما نفاه الآخر ، فذلك ضربان : أحدهما : أن تكون شهادتهما على فعل القتل . والثاني : أن تكون على الإقرار بالقتل ، فإن كانت على فعل القتل ، فقال أحدهما : قتله غدوة ، أو في يوم السبت . وقال الآخر : قتله عشية ، أو في يوم الأحد . أو قال أحدهما : قتله بسيف . وقال الآخر : بعصا . أو قال أحدهما : قتله بالبصرة . وقال الآخر : بالكوفة . فهما وإن اتفقا على الشهادة بالقتل ، فقد تعارضا في صفته ، فصارا متكاذبين : لأن قتله غدوة غير قتله عشية ، وقتله بسيف غير قتله بعصا ، فلا يحكم بشهادتهما ولا بشهادة واحد منهما مع يمين المدعي في عمد ولا خطأ . وقال ابن أبي ليلى : أعزر الشاهدين وأحكم بفسقهما : لاجتماعهما على كذب مستحيل . وعند الشافعي وأبي حنيفة : لا تعزير عليهما ولا تفسيق : لأحد أمرين : أحدهما : لجواز الاشتباه عليهما ، فيخرجان بالشبهة عن الفسق والكذب . الجزء الثالث عشر(٢)."(٣)

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٧٥/٩

(٢) ٧٩

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٧٢/١٣

"بالرائحة عليها إذا شوهدت : لأن مشاهدة جسمها ينفي عنها ظنون **الاشتباه** ، وفي هذا دليل وانفصال . فأما أمر رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ باستنكاه ماعز ، فلأنه رآه ثائر الشعر ، متغير اللون ، مقرا بالزنا . فاشتبهت عليه حالته في ثبات عقله أو زواله ، فأراد اختبار حاله باستنكاهه ، ولم يعلق بالاستنكاه حكما . وأما عمر رضي الله عنه : فإنه سأل ابنه حين شم منه الرائحة ، فاعترف بشرب الطلا ، فحده باعترافه . وأما عثمان : فلأنه لما اقترن بشهادة القيء شهادة الشرب ، جاز أن يعمل عليها ، وإن كان ضعيفا . الجزء الثالث عشر [1] فصل : ولا يحد السكران حتى يسأل عن سكره ، فيعترف بشرب ما يوجب الحد . وقال أبو علي بن أبي هريرة : أحده بالسكر ، إلا أن يدعي ما يسقط الحد . وهذا خطأ : لأن المسكر متردد بين أمرين : أحدهما : موجب للحد ، وهو أن يشرب الخمر مختارا مع العلم بها . والثاني : غير موجب للحد ، وهو أن يشربها غير عالم بها ، أو مكرها عليها ، فكان إدراء الحد عنه **بالشبهة** أولى من إثباته بها . لقول النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ : ادرءوا الحدود **بالشبهة** والله أعلم .." (٢)

" قال فيه : قل يأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله [آل عمران : ٦٤] الآية ، فجعلهم أهل الكتاب : ولأن الحرمة للدين والكتاب لا للنسب : فلذلك ما استوى حكم بني إسرائيل وغيرهم فيه . والصنف الثاني : أن يكونوا قد دخلوا فيه بعد التبديل ، فهؤلاء لم يكونوا على حق ، ولا تمسكوا بكتاب صحيح ، فصاروا إن لم يكن لهم حرمة كعبدة الأوثان في أن لا تقبل لهم جزية ، ولا يؤكل لهم ذبيحة ، ولا تنكح منهم امرأة . والصنف الثالث : أن يشك فيهم هل دخلوا فيه قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب ، كوج وفهر وتغلب ، فهؤلاء شك فيهم عمر فشاور فيهم الصحابة ، فاتفقوا على إقرارهم بالجزية حقنا لدمائهم : وأن لا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم لأن الدماء محقونة ، فلا تباح بالشك والفروج محظورة فلا تستباح بالشك . فهذا حكم أهل الكتاب من اليهود والنصارى . فصل : وأما القسم الثاني : هم غير أهل الكتاب كعبدة الأوثان وعبدة الشمس والنيران مشركون لا يقبل لهم جزية ، ولا تؤكل لهم ذبيحة ، وعبدة ما استحسن من حمار أو حيوان ، أو قال بتدبير الطبائع وبقاء العالم ، أو قال بتدبير الكواكب في الأكوان والأدوار ، فلم يصدق نبيا ، ولا آمن بكتاب ، فهؤلاء كلهم مشركون لا يقبل لهم جزية ، ولا تؤكل لهم ذبيحة ، ولا تنكح منهم امرأة ، ولا يحكم فيهم إذا امتنعوا من الإسلام إلا بالسيف

---

(١) ٤١٠

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨٦٩/١٣

إذا قدر عليهم إلا أن يؤمنوا مدة أكثرها أربعة أشهر يراعى انقضاؤها فيهم ، ثم هم بعد انقضاء مدة أمانهم حرب ، وسواء أقروا بأن لا إله إلا الله أو أشركوا به غيره ، أو جحدوه ولم يقروا به إلها ولا خالقا في أن حكم جميعهم سواء ، لا يقبل لهم جزية ولا تؤكل لهم ذبيحة ، ولا تنكح منهم امرأة . فصل : وأما القسم الثالث : وهم من له شبهة كتاب الصابئون ، والسامرية ، والمجوس لا يقبل لهم جزية ، ولا يؤكل لهم ذبيحة فهم ثلاثة أصناف : الصابئون ، والسامرية ، والمجوس . فأما السامرة : فهم صنف اليهود الذين عبدوا العجل حين غاب عنهم موسى مدة عشرة أيام بعد الثلاثين ، واتبعوا السامري ، فرجع موسى إلى قومه ، فأنكر عليهم عبادة العجل ، وأمرهم بالتوبة ، وقتل أنفسهم فمنهم من قتل . وأما الصابئون فهم صنف من النصارى ، وافقوهم على بعض دينهم وخالفوهم في بعضه ، وقد يسمى باسمهم ، ويضاف إليهم قوم يعبدون الكواكب ، ويعتقدون أنها صانعة مدبرة ، فنظر الشافعي في دين الصابئين والسامرة : فوجده مشتبها ، فعلق القول فيهم لاشتباه أمرهم ، فقال هاهنا : إنهم من اليهود والنصارى إلا أن يعلم أنهم يخالفوهم في أصل ما يحلون ويحرمون فيحرمون ، وقطع في موضع آخر أنهم منهم ، وتوقف في موضع آخر فيهم ، وليس ذلك لاختلاف قوله ، ولكن لا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام : فقال إن وافقوا اليهود والنصارى في أصل معتقدهم ، ويخالفوهم في فروعه فيقر السامرة بموسى والتوراة ، ويقر الصابئون بعيسى والإنجيل ، فهؤلاء كاليهود والنصارى في قبول جزيتهم ، وأكل ذبائحهم ، ونكاح ." (١)

" الخطأ مخففة يؤديها من ماله في ثلاث سنين ، ولا تحملها عنه العاقلة : لأنها دية اعتراف . والحالة الثالثة : أن يمسك عن البيان ، فيصير كالناكل ، فترد اليمين على الولي ، فإن حلف حكم له بالقود بيمينه لا بالشهادة ، وإن نكل حكم له بدية الخطأ دون العمد بالشهادة . فصل : ولو كانت الشهادة على فعل القتل ، فشهد أحدهما أنه قتله عمدا وشهد الآخر أنه قتله خطأ ، سئل كل واحد منهما عن صفة القتل الذي شاهده ، فإن اتفقا عليها واختلفا في الحكم عندهما ، لم يكن في هذه الشهادة تعارض ، ووجب على الحاكم أن يعتبر بما شهدا به من صفة القتل ، فإن كان عمدا حكم فيه بالقود ، وإن كان خطأ حكم فيه بدية الخطأ على العاقلة . وإن اختلفا في صفة القتل فهو تعارض لا يحكم فيه بعمد ولا خطأ ، على ما سنذكره من بعد . وبالله التوفيق . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو قال أحدهما : قتله غدوة . وقال الآخر : عشية . أو قال أحدهما : بسيف . والآخر : بعصا . فكل واحد منهما مكذب لصاحبه ، ومثل هذا يوجب القسامة " . قال الماوردي : إذا تعارض الشاهدان فأثبت كل واحد منهما ما نفاه الآخر

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٢٣/٩

، فذلك ضربان : أحدهما : أن تكون شهادتهما على فعل القتل . والثاني : أن تكون على الإقرار بالقتل ، فإن كانت على فعل القتل ، فقال أحدهما : قتله غدوة ، أو في يوم السبت . وقال الآخر : قتله عشية ، أو في يوم الأحد . أو قال أحدهما : قتله بسيف . وقال الآخر : بعصا . أو قال أحدهما : قتله بالبصرة . وقال الآخر : بالكوفة . فهما وإن اتفقا على الشهادة بالقتل ، فقد تعارضا في صفته ، فصارا متكاذبين : لأن قتله غدوة غير قتله عشية ، وقتله بسيف غير قتله بعصا ، فلا يحكم بشهادتهما ولا بشهادة واحد منهما مع يمين المدعي في عمد ولا خطأ . وقال ابن أبي ليلى : أعزر الشاهدين وأحكم بفسقهما : لاجتماعهما على كذب مستحيل . وعند الشافعي وأبي حنيفة : لا تعزير عليهما ولا تفسيق : لأحد أمرين : أحدهما : لجواز **الاشتباه** عليهما ، فيخرجان **بالشبهة** عن الفسق والكذب . ." [1]

"(قوله : لا يقال : بعد النفي) التقييد بقوله بعد النفي يوجب اعتباره في قوله الآتي كالتأمين إلخ ، وذلك ينافي قوله : الآتي فيه وصورة المسألة إلخ لأنا نقول : قوله كالتأمين ليس مثالا للاستلحاق بعد النفي حتى يلزم اعتبار القيد فيه ، بل هو نظير له ذلك لا يقتضي اعتبار قيده فيه فحاصل الكلام إن وجد استلحاقه بعد النفي أو وجد تأمين من غير نفي لحقه فتأمل فإنه حسن ظاهر ، وإن خفي على بعض ضعفة الطلبة سم (قوله تضمن الاستلحاق) أي للمشار إليه (قوله : وإن ادعى حمل ذلك عليه) نعم إن أمكن **الاشتباه** كأن كان في ظلمة وادعى ما ذكر ، فلا يبعد أنه لا يتضمن الاستلحاق (قوله وصورة المسألة) أي : وإلا امتنع النفي لفوات الفور (قوله : لا لنسب بملك يد) (فائدة) جليلة لو استبرأ الأمة ولم ير مخيلة زنا وجب نفي الولد بخلاف نظيره من النكاح فإنه يحرم النفي على الراجح في أصل الروضة كما سلف و الفرق ضعف الفراش ولو أنكرت الأمة ، فلا بد في نفيه من اليمين ولو استبرأها ثم مات وأعتقها ولم تكن أم ولد ثم أتت بولد لم يلحقه بخلاف ما لو استبرأ أم الولد ثم أتت بولد لستة أشهر فأكثر من الاستبراء فإنه يكون لاحقا له كما سيأتي في باب الاستبراء ومنه نستفيد أن إخباره في الأمة بالاستبراء كاف في عدم اللحوق من غير توقف على نفي الولد برلسي (قوله : أيضا) أي : كفي (قوله : أو **الشبهة**) ، ومنها النكاح الفاسد ، وإن قابلها به فيما سبق فكأنه تفنن فتأمل (."[2]

"ويعتبر في اللعان كون القذف (بوطء اتصف بغير حل و) بغير (**اشتباه** شرطا) كونه (من جانبين) أي : جانبي الواطئ والموطوءة (باعتراف من يطا) أي مع اعتراف الواطئ بوطئه (ومع إمكان لحوقه)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٣/ ٧٨

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٦/ ٣٤٩

أي : أن يلحقه (الولد) وذلك بأن لا تكون شبهة أو تكون من أحد الجانبين ، أو منهما لكن بغير اعتراف الواطئ بأن لا يعينه الزوج ، أو يعينه وينكر ، أو مع اعترافه لكن لا مع إمكان لحوق الولد به فيلاعن الزوج لنفي الولد والعقوبة من حد ، أو تعزير وقوله : كأصله بغير اشتباه إلى آخره يغني عن قولهما بغير حل وقد يقال : فائدته إخراج ما لو قذفها بوطء زوج آخر قبله في نكاحه فإنه يصدق عليه أنه وطئ بغير اشتباه إلى آخره مع أنه لا يلاعن فيه ويجاب بأن هذا خرج بالقذف ، أما إذا كانت الشبهة من الجانبين واعترف الواطئ بالوطء وأمكن لحوق الولد به أي : وادعى نسبه ليعرض على القائف قال في الروضة وأصلها في باب دعوى النسب وأقيمت البينة على الوطء فلا لعان لنفي الولد كما أشار إليه بقوله (قلت إذ القائف فيه المعتمد) أي : قلت فلا لعان لنفي الولد إذا المعتمد فيه إلحاق القائف فإن ألحقه بالواطئ لحقه ولا لعان ، أو بالزوج فكذلك وإنما لم يلاعن لأنه كان له طريق آخر لنفيه وهو أن يلحقه القائف بالواطئ فتعين ولهذا لا يلاعن لنفي ولد الأمة لإمكان نفيه بدعوى الاستبراء كما مر فإن لم يكن قائف ، أو كان وتحير ، أو ألحقه بهما ، أو نفاه عنهما ترك حتى يبلغ الصبي فينتسب لكن." (١)

"(قوله : باعتراف ..إلخ) في خبر المضاف إليه من قوله بغير اشتباه (قوله : وذلك ..إلخ) أي الوطء المتصف بغير الحل والاشتباه المذكور (قوله : فيلاعن الزوج) هذا في صورة الشبهة منها وحدها صريح قول المصنف وبغير اشتباه شرطا ..إلخ فقول العراقي ومقتضى كلام النظم وأصله أن الشبهة إذا كانت منها ، فلا لعان لدفع التعزير ومقتضى ا ا د الرافعي خلافه .ا ه .فيه نظر فتأمله (قوله فإنه يصدق ..إلخ) فلا بد من التقييد أيضا بغير الحل لإخراجه ويجاب بأن هذا خرج بالقذف ، فلا حاجة في إخراجه بهذا القيد (قوله : قال في الروضة ..إلخ) قضية هذا أنه لا بد من الجمع بين اعترافه والبينة وأنه لا تكفي البينة فليراجع (قوله : وأقيمت البينة على الوطء) وجه ذلك أنه لا يكفي في العرض على القائف اعتراف الزوج والواطئ ؛ لأن للمولود حقا في النسب ، فلا يعرض على القائف بمجرد توافقهما قال الشيخان فلو كان الولد المدعى نسبه بالغا واعترف بجريان وطء الشبهة وجب أن يغني عن البينة هذا محصل كلامهما في باب دعوى النسب ، وهو ما اعتمده صاحب الإرشاد وغيره والذي ذكراه في هذا الباب الاكتفاء باعتراف الواطئ ، وهو ما في النظم وأصله بر (قوله فلا لعان لنفي الولد) إلى أن قال : أما لعانه لنفي التعزير فجائز

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٦/٣٥٧

هذا مع فرض قيام البينة يقتضي أن إقامتها لا تمنع العقوبة .والمتبادر من كلامهم أن لعان الزوج ، وإن قذف بالزنا يسقط العقوبة مطلقا فلا حد عليه بالقذف ولا تعزير." (١)

"(قوله : يغني) لأن ما يغير **الاشتباه** المذكور إن لم تكن **شبهة** منهما فهو غير حل وكذا إن لم تكن **شبهة** من الواطئ وإن كانت من الموطوءة لأنه زان فإن كانت **الشبهة** من الواطئ فهو وإن لم يكن حراما لا يوصف بالحل قوله : لأنه كان له طريق آخر ..إلخ) ولثبوت صدق الزوج شرح الإرشاد (قوله والفرق مشكل) يرد الإشكال تعليل البغوي والروضة وأصلها الأولى بأن له طريقا إلخ والثانية بأنه ليس له طريق سوى اللعان .ا هـ .شرح الإرشاد لحجر قال وهو أوضح من فرق الشيخ بأن إلحاق القائف أقوى .ا هـ .لكن المحشي أشار لدفع ما قاله حجر بأنه أيضا في الانتساب كان له طريق آخر لنفيه وهو أن ينتسب لغير الزوج .ا هـ .." (٢)

"بل نهت عنه وإن قالت زوجني ولم تذكر توكيلا بل سكتت بعد الطلب فله التوكيل في الأصح لأنه بعد الإذن متصرف بالولاية فأشبه الوصي والقيم وهما يتمكنان بالتوكيل من غير إذن ولو وكل أي غير المجبر قبل استئذانها في النكاح لم يصح توكيله على الصحيح لأنه لا يملك التزويج بنفسه فلا يملكه بغيره ولو قالت وكل بتزويجي ولم تحدد شيئا بل سكتت فله التوكيل وله التزويج بنفسه لأنه من المستبعد منعه مما له التوكيل فيه وليقل وكيل الولي أي للزوج زوجتك بنت فلان أي زيد مثلا إن كان مميزا معروفا وإلا فليرفع نسبها إلى أن ينتفي **الاشتباه**. وليقل الولي لوكيل الزوج زوجت بنتي فلانا أي موكله فيقول وكيله قبلت نكاحها له ويشترط ذكر حتى تنتفي **الشبهة**.ويلزم المجبر تزويج مجنونة بالغة أي الأب أو الجد ولو ثيبا إن كانت محتاجة للوطء أو النفقة ومجنون ظهرت حاجته بظهور أمارات توقانه للنساء أو بقول عدلين من أهل الطب أن النكاح يتوقع منه الشفاء أو أنه يحتاج لمن يخدمه وليس له من المحارم وغيرهم من يخدمه لا صغيرة وصغير عاقلين لعدم حاجتهما في الحال إلى النكاح ومع ما في النكاح من مخاطر وتكاليف ويلزم المجبر وغيره إن تعين كأخ واحد أو عم واحد إجابة ملتمسة التزويج دعت إلى كفء تحصينا لها وحصول الفرض بتزويج السلطان لا ينظر إليه لأن في ذلك هدر لكرامة الأسرة وهتك لسترها من غير ضرورة ولا يتوجه إليه إلا عند العضل.." (٣)

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٦/٣٦٠

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٦/٣٦٤

(٣) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٣/٧٠

"والأصح اشتراط حر ذكر لا اشتراط عدد فيكفي قول الواحد ولا اشتراط كونه مدلجيا أي من بني مدلج فيجوز كونه من سائر العرب ومن العجم فإذا تداعيا مجهولا لقيطا أو غيره صغيرا حيا أو ميتا لم يتغير ولم يدفن عرض عليه أي على القائف مع المتداعيين فمن ألحقه به منهما لحقه وكذا لو اشتركا في وطء لامرأة واستدخال المني كالوطء فولدت ممكنا أي يمكن أن يكون في كل فيهما وتنازعاه أي ادعياه أو أحدهما وسكت الآخر وذلك بأن وطئا امرأة **بشبهة** كأ، وجدها في فراشه فظنها زوجته أو أمته أو وطيء شريكان أمة مشتركة لهما في طهر واحد وإلا فهو الثاني لتعذر عوده إلى الأول أو وطيء زوجته وطلق فوطئها آخر **بشبهة** أو نكاح فاسد كأن نكحها بالعدة جاهلا بها أو وطيء أمته فباعها فوطئها المشتري ولم يستبريء واحد منهما فإنه يعرض على القائف وكذا لو وطيء منكوحة أي مزوجة لغيره في الأصح بأن ولدت ولدا فيعرض على القائف ولا يتعين الزوج للالحاق **للاشتباه** فإذا ولدت لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطأيهما وادعياه عرض عليه أي على القائف فيلحق من ألحقه به منهما فإن تخلل بين وطأيهما حيضة فللثاني وإن ادعاه الأول لتبين انقطاع تعلقه به إلا أن يكون الأول زوجا في نكاح صحيح والثاني واطئا بنكاح فاسد أو **شبهة** فلا ينقطع تعلق الأول لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح الصحيح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة بخلاف ملك اليمين والنكاح الفاسد فإنهما لا يثبتان الفراش إلا بعد حقيقة الوطء.وسواء فيهما أي المتنازعين اتفقا إسلاما وحرية بكونهما مسلمين حرين أم لا كمسلم وذمي وحر وعبد لأن النسب لا يختلف ويتبع الذمي نسبا ولا يتبعه في الرق لاحتمال أنه ولد من الحرة.؟ كتاب العتق ؟." (١)

"استولد، فعلى الخلاف فيما إذا أطلق الاستلحاق. وإذا لم يكن وارث، فهو كما لو أطلق الاستلحاق. ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق، بأن كان رآه، أو يرى قبل الدفن، أو يرى عصبته فيجد الشبه. فإن عجز عن الاستفادة بالقائف لعدمه، أو لالحاقه الولدين به، أو نفيهما، أو أشكل الامر عليه، أقرعنا بينهما ليعرف الحر منهما، ولا ينتظر بلوغهما لينتسبا، بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد، ولاقائف، لان **الاشتباه** هنا في أن الولد أيهما ؟ فلو اعتبرنا الانتساب، ربما انتسب جميعا إليه، فدام الاشكال، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث، لان القرعة لا تعمل فيهما. وهل يوقف نصيب ابن، بين من خرجت قرعته، وبين الآخر ؟ وجهان يأتي قريبا بيانهما. وأما الاستيلاد، فهو على التفصيل السابق، فإن لم يوجد من السيد ما يقتضيه، لم يثبت، وإن وجد، فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة ؟

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٢٠٩/٤

وجهان. أصحهما عند الامام: لا تحصل. والثاني: تحصل، وبه قطع الاكثرون. فرع حيث ثبت الاستيلاد، فالولد حر الاصل. لا ولاء عليه، وحيث لا يثبت، فعليه الولاء إلا إذا وطئ نسبه إلى شبهة وقلنا: لا تصير أم ولو إذا ملكها. وإذا لم يثبت الاستيلاد ومات السيد، ورث الولد أمه وعتقت عليه. هذا إذا تعين، لا بالقرعة. وإن كان معه وارث آخر، عتق نصيبه ولم يشتر. الحال الثاني: إذا كانت الامتان مزوجتين، لم يقبل قول السيد، وولد كل أمة ملحق بزوجها. وإن كانتا فراشا للسيد، بأن كان أقر بوطئها، لحقه الولدان بالفراش. الحال الثالث: كانت إحداهما مزوجة، لم يتعين إقراره في الاخرى، بل يطالب بالتعيين. فإن عين في ولد الاخرى، قبل وثبت نسبه، وإن كانت إحداهما فراشا له، لم يتعين اقراره في ولدها، بل يؤمر بالتعيين، فإن عين في ولد الاخرى، لحقه بالاقرار، والولد الآخر يلحق به بالفراش. فرع له أمة لها ثلاثة أولاد. قال: أحد هؤلاء ولدي، ولم تكن مزوجة ولا فراشا للسيد قبل ولادتهم، طولب بالتعيين، فمن عينه منهم، فهو نسيب حر وارث، والقول في الاستيلاد على التفصيل الذي مر. ثم إن كان المعين الاوسط، فالاكبر." (١)

"فرع لا تحرم بنت زوج الام، ولا أمه، ولا بنت زوج البنت، ولا أمه، ولا أم زوجة الاب، ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن، ولا بنتها، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب. فصل مجرد ملك اليمين، لا يثبت شيئا من هذه المحرمات، لكن الوطئ فيه يثبتها، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطئ وأبيه، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها. والوطئ بشبهة النكاح الفاسد، والشراء الفاسد، ووطئ الجارية المشتركة، وجارية الابن، يثبت حرمة المصاهرة، كما يثبت النسب، ويوجب العدة. وحكي قول: أن وطئ الشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة، كالزنا. والمشهور الذي قطع به الجمهور الاول، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطئ (أو) الموطوءة. فإن اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زان، بأن وطئها يظنها زوجته وهي عالمة، أو يعلم وهي جاهلة أو نائمة أو مكرهة، أو مكنت البالغة العاقلة مجنونا أو مراهقا عالمة، فوجهان. أصحهما: الاعتبار بالرجل، فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه، كما يثبت النسب والعدة، ولا يثبت إذا لم يشتبه عليه، كما لا يثبت النسب والعدة. والثاني: تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة، وعلى هذا وجهان. أحدهما: يختص بمن اختصت الشبهة به. فإن كان الاشتباه عليه، حرم عليه أمها وبنتها، ولا تحرم على أبيه وابنه. وإن كان الاشتباه عليها، حرمت على ابنه وأبيه، ولا تحرم عليه أمها وبنتها. والثاني: أنها تعم الطرفين كالنسب. فرع الوطئ في النكاح

(١) روضة الطالبين– الكتب العلمية، ٤/٦٤

وملك اليمين، كما يوجب الحرمة، يوجب المحرمية، فيجوز للواطئ الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبنتها، والنظر إليها، ولابنه الخلوة والمسافرة بالموطوءة والنظر. وفي وطئ الشبهة وجهان. ويقال:." (١)

"(الفرع) الثاني: نكح إمرأتين في عقد، فبانت إحداهما أم الاخرى، بطل النكاحان. ولا شئ لواحدة منهما، إلا أن يطأ، فيجب مهر المثل. ولو نكحهما في عقدين، ووطئ إحداهما، ثم بان الحال، نظر، إن سبق نكاح الام، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والاخرى محرمة. وإن كانت البنت هي الموطوءة، فالنكاحان باطلان، لان البنت نكحها وعنده أمها، والام أم موطوءة بشبهة، وله أن يتزوج البنت متى شاء، لانها ربيبة لم يدخل بأمها، ويجب للبنت مهر المثل، وللام نصف المسمى. وإن سبق نكاح البنت، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والام حرام أبداً. وإن كانت الموطوءة الام، بطل النكاحان، وحرمتا أبدا، وللام مهر المثل، وللبنت نصف المسمى. وإن أشبهت الموطوءة، وعرفت التي سبق نكاحها، ثبت نكاح السابقة، لان الاصل إستمرار صحته، وليس له نكاح الثانية، لان الاولى إن كانت بنتا، فالثانية أم إمرأته محرمة أبدا. وإن كانت أما، فليس له نكاح البنت وأمها تحته. وإن ارتفع نكاح الام بطلاق أو غيره، لم يحل له واحدة منهما، لان إحداهما محرمة أبدا، فصار كإشتباه أخته بأجنبية. وإن اشتبه السابق من النكاحين، وعرفت الموطوءة، فغير الموطوءة محرمة أبدا، والموطوءة يوقف نكاحها، وتمنع من نكاح غيره. وإن طلبت الفسخ للاشتباه، فسخ كما في اشتباه الاوليين. وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة، وقف عنهما، لاحتمال سبق البنت والدخول بالام، وليس له نكاح واحدة منهما، لان إحداهما محرمة أبدا. ولو كانت المسألة بحالها، لكن وطئهما جميعا، بطل النكاحان، وحرمتا أبدا. ثم إن وطئ أولا التي نكحها أولا، فللاولى مهرها المسمى، وللثانية مهر المثل. وإن وطئ أولا التي نكحها آخرا، فلها مهر المثل، لانه لم ينعقد نكاحها، وللمنكوحة أولا جميع مهر) المثل ونصف المسمى.." (٢)

"ذكره الروياني وغيره، وبه قطع الامام أنه يعرض على القائف، ويكون لمن ألحقه به، بخلاف صورة الاستشهاد لان العدة أمارة ظاهرة في البراءة عن الاول، وهنا بخلافه. ومنها: أن يطأ زوجته في نكاح صحيح، ثم طلقها، فيطأها آخر بشبهة، أو في نكاح فاسد، بأن ينكحها في العدة جاهلا بها. ومنها: أن يطأها اثنان في نكاحين فاسدين، وأن يطأ الشريكان المشتركة، وأن يطأ أمته ويبيعها، فيطأها المشتري، ولا يستبرئ واحد منهما. فإذا وطئ اثنان في بعض هذه الصور في طهر، فولدته لما بين أربع سنين وستة أشهر

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥/٤٥٢

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥/٤٥٥

من الوطأين، وادعياه جميعا، عرض على القائف، فإن تخلل بين الوطأين حيضة، فهي أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الاول، فينقطع تعلقه، إلا أن يكون الاول زوجا في نكاح صحيح، والثاني واطئا **بشبهة** أنكاح فاسد، فلا ينقطع تعلق الاول، لان إمكان الوطئ مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطئ والامكان حاصل بعد الحيضة. وإن كان الاول زوجا في نكاح فاسد، ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة قولان، أظهرهما: الانقطاع، لان المرأة لا تصير فراشا في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطئ، وسواء كان المتنازعان والواطئان مسلمين وحرين، أو مختلفي الحال. فصل لو استلحق صبيا في يده، أولا في يده، فبلغ وانتفى منه، هل يندفع نسبه ؟ فيه وجهان سبقا في الاقرار واللقيط. فإن استلحق بالغا فأنكر، فقد سبق أنه لا يلحقه، وإلحاق القائف والحالة هذه ليس بحجة. فلو سكت البالغ، فقد ذكر الغزالي أنه يلحقه القائف، وهذا لم أجده لغيره إذا لم يكن هناك إلا واحد عليه، لكن لو ادعاه اثنان في موضع **الاشتباه**، فسكت، عرض على القائف. فلو وافق أحدهما، لحقه، ولا يقبل قول القائف بخلافه. ولو ادعى اثنان صبيا مجهولا ففيه تفصيل سبق في اللقيط. فصل ادعى نسب مولود على فراش غيره بسبب وطئ **شبهة**، فإن قلنا: وطئ **الشبهة** لا أثر له إذا كانت المرأة فراشا لزوج، والولد ملحق بالزوج، لم تسمع دعواه. وإن قلنا: له أثر، لم يكف اتفاق الزوجين عليه، بل لا بد من البينة على الوطئ لان للولد حقا في النسب، واتفاقهما ليس حجة عليه، فإذا قامت البينة،." (١)

"فصل في القائف الملحق للنسب عند **الاشتباه** ما خصه الله به من علم ذلك (شرط القائف) ليعمل بقوله فيما ذكر (مسلم عدل مجرب) بأن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ثم في نسوة أخر، كذلك ثم في نسوة أخر كذلك ثم صنف رابع فيهن أمه ويصيب في الكل والأصح إلحاق الأب بالأم في عرض الولد معه في رجال ومنهم من اكتفى بالعرض مرة وقال الإمام العبرة بغلبة الظن وقد تحصل بدون ثلاث (والأصح اشتراط حر ذكر) كالقاضي، والثاني لا كالمفتي (لا عدد) كالقاضي والثاني يشترط كالمزكي (ولا كونه مدلجيا) أي من بني مدلج فيجوز كونه من سائر العرب ومن العجم والمشترط وقف مع ما ورد في الحديث وهو ما روى الشيخان عن ﴿عائشة قالت دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم مسرورا فقال ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وقد بدت أقدامها فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض﴾ (فإذا تداعيا مجهولا) لقيطا أو غيره، (عرض عليه) أي القائف

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٨/٣٧٦

فمن ألحقه به لحقه كما تقدم في كتاب اللقيط (وكذا لو اشتركا في وطء) لامرأة (فولدت ممكنا منهما وتنازعاه بأن وطئا بشبهة) كأن وجدها كل بفراشه فظنها." (١)

" فرع له أمتان لكل واحدة ولد فقال أحدهما ولدي فللأمتين أحوال

أحدها أن لا تكون واحدة منهما مزوجة ولا فراشا للسيد فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق إحدى المرأتين فإذا عين أحدهما ثبت نسبه وكان حرا وورثه

وهل تصير أمه أم ولد ينظر إن لم يزد على استلحاقه فقولان كما قدمناه وإن صرح بأنه استولدها به في ملك اليمين صارت أم ولد له وإن صرح بأنه استولدها في النكاح لم تصر وإن أضافه إلى وطء شبهة فقولان

وإن قال استولدتها بالزنا مفصولا على الاستلحاق لم يقبل وكانت أمية الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق وإن وصله باللفظ قال البغوي لا يثبت النسب ولا أمية الولد وينبغي أن يخرج على قولي تبعيض الإقرار

ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها هو الذي استلحقه وأنها المستولدة فالقول قول السيد مع يمينه

وكذا لو بلغ الولد وادعى فإن نكل السيد حلف المدعي وقضي بمقتضى يمينه

ولو مات السيد قبل التعيين قام وارثه مقامه في التعيين وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية والارث وتكون أم المعين مستولدة إن ذكر السيد ما يقتضي ثبوت الاستيلاد وإلا سئلوا وحكم بيانهم حكم بيان المورث

فإن قالوا لا نعلم كيف استولد فعلى الخلاف فيما إذا أطلق الاستلحاق

وإذا لم يكن وارث فهو كما لو أطلق الاستلحاق

ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق بأن كان رآه أو يرى قبل الدفن أو يرى عصبته فيجد الشبه

فإن عجز عن الاستفادة بالقائف لعدمه أو لإلحاقه الولدين به أو نفيهما أو أشكل الأمر عليه أقرعنا بينهما ليعرف الحر منهما ولا ينتظر بلوغهما لينتسبا بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد ولا قائف لأن الاشتباه هنا في أن الولد أيهما فلو اعتبرنا الانتساب ربما

---

(١) شرح المحلي على المنهاج، ١٠٨/٢

." (١)

"نظر إن كانت الجارية مكرهة فعلى الغاصب الحد والمهر ويجب أرش البكارة إن كانت بكرا

وإن كانت طائعة فعليهما الحد ولا يجب المهر على الصحيح المنصوص

وقيل على المشهور

ويجب أرش البكارة إن كانت بكرا إذا قلنا يفرد عن المهر وإلا ففي وجوب الزائد على مهر وإلا ففي وجوب الزائد على وهي ثيب وجهان

أحدهما لا يجب كما لو زنت الحرة وهي طائعة وهي بكر

والثاني يجب كما لو أذنت في قطع طرف منها

وإن كان الغاصب عالما دونها فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكرا والمهر

وإن كانت عالمة دونه فعليها الحد دونه إن طاوعته ويجب المهر إن كانت مكرهة وإلا فعلى الخلاف

ثم الجهل بتحريم الوطء قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقا وقد يكون لتوهم حلها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه ولا تقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالاسلام أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين وقد يكون **لاشتباههما** عليه وظنه أنها جاريته فلا يشترط لقبول دعواه ما ذكرناه

الثالثة إذا وطء المشتري من الغاصب فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل ما ذكرنا في الغاصب إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضا فلا يشترط في دعواه الشرط السابق واذا غرم المشتري المهر فسيأتي القول في رجوعه (به) على الغاصب

وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء وجهان

أصحهما نعم وهو مقتضى كلام الجمهور

وأشار الامام إلى جريان الوجهين سواء قلنا يرجع المشتري بالمهر على الغاصب أم لا

وقال إذا قلنا لا رجوع فظاهر القياس أنه لا يطالب

وإذا قلنا بالرجوع فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت **بالشبهة**

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤/١١٧

". (١)

" فرع إذا نفاه ثم استلحقه لحقه

فان كان بعد موت الولد فكذلك وتنقض القسمة إن كانت تركته قسمت

حتى لو كان على أمه ولاء فأخذ مولاها ميراثه كان للمستلحق استرداده ولا فرق في اللحوق بين أن يخلف الميت ولدا أم لا

الفصل الثاني ولد الزنا كالمنفي باللعان إلا في ثلاثة أشياء

أحدها أن الوجه المنقول عن السلسلة لا يجيء هنا قطعا

والثاني أن ولد الزنا لا يلحق بالاستلحاق

الثالث التوأمان من الزنا لا يتوارثان إلا بأخوة الأم قطعا

وفي وجه حكاه الحناطي وصاحب الحاوي يتوارثان بأخوة الأبوين

قلت هذا الوجه غلط فاحش قال الإمام ولو علقت بتوأمين من واطىء **بشبهة** ثم جهل الواطىء توارثا بأخوة الأبوين بلا خلاف

والله أعلم

الفصل الثالث فيما إذا اجتمع في شخص قرابتان منع الشرع من مباشرة سبب اجتماعهما كأم هي أخت وذلك يقع في المجوس لاستباحتهم نكاح المحارم وربما أسلموا بعد ذلك أو ترافعوا إلينا وقد يتفق في المسلمين نادرا بغلط **واشتباه** والحكم أنه لا توريث بالقرابتين بل يورث بأقواهما

وفي وجه يرث بهما إن كانتا بحيث لو كانتا في شخصين ورثا معا وبه قال ابن سريج وابن اللبان

والصحيح الأول ويعرف الأقوى بكل واحد من أمرين

أحدهما أن تحجب إحداهما الأخرى كبنت هي اخت لأم أن يطأ أمه فتلد بنتا

والثاني أن لا تحجب إحداهما أصلا أو يكون حجبها أقل فالأول كأم هي أخت

والثاني كأم هي أخت فترث بالأمومة أو الجدودة دون الأخوة وعن ابن اللبان وجه أنها ترث في الصورة الثانية بالأخوة دون الجدودة لأن نصيب الأخت أكثر وليجبر هذا في

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٥/٦٠

". (١)

"إن كانت بنتا فالثانية أم إمرأته محرمة أبدا

وإن كانت أما فليس له نكاح البنت وأمها تحته

وإن ارتفع نكاح الأم بطلاق أو غيره لم يحل له واحدة منهما لأن إحداهما محرمة أبدا فصار كإشتباه أخته بأجنبية

وإن اشتبه السابق من النكاحين وعرفت الموطوءة فغير الموطوءة محرمة أبدا والموطوءة يوقف نكاحها وتمنع من نكاح غيره

وإن طلبت الفسخ للإشتباه فسخ كما في اشتباه الأولين

وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة وقف عنهما لإحتمال سبق البنت والدخول بالأم وليس له نكاح واحدة منهما لأن إحداهما محرمة أبدا

ولو كانت المسألة بحالها لكن وطئهما جميعا بطل النكاحان وحرمتا أبدا

ثم إن وطيء أولا التي نكحها أولا فللأولى مهرها المسمى وللثانية مهر المثل

وإن وطيء أولا التي نكحها آخرا فلها مهر المثل لأنه لم ينعقد نكاحها وللمنكوحة أولا جميع مهر) المثل ونصف المسمى

أما نصف المسمى فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج

وأما جميع مهر المثل فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح

فصل إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات قال الأصحاب إن كان الإختلاط بعدد لا ينحصر كنسوة بلدة أو قرية كبيرة فله نكاح واحدة منهن

قال الإمام هذا ظاهر إن عم الإلتباس

فأما إذا أمكنه نكاح من لا يشك فيها فيحتمل أن يقال لا ينكح من المشكوك فيهن

والمذهب أنه لا حجر

فإن كان الإختلاط بعدد محصور فليجتنبهن

فلو خالف ونكح واحدة منهن لم يصح على الأصح

قال الإمام المحصور ما عسر عده على آحاد الناس

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٦/٤٤

وقال الغزالي كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر

". (١)

"أنه يعرض على القائف ويكون لمن ألحقه به بخلاف صورة الاستشهاد لأن العدة أمارة ظاهرة في البراءة عن الأول وهنا بخلافه

ومنها أن يطأ زوجته في نكاح صحيح ثم طلقها فيطأها آخر بشبهة أو في نكاح فاسد بأن ينكحها في العدة جاهلا بها

ومنها أن يطأها اثنان في نكاحين فاسدين وأن يطأ الشريكان المشتركة وأن يطأ أمته ويبيعها فيطأها المشتري ولا يستبرىء واحد منهما

فإذا وطىء اثنان في بعض هذه الصور في طهر فولدته لما بين أربع سنين وستة أشهر من الوطأين وادعياه جميعا عرض على القائف فإن تخلل بين الوطأين حيضة فهي أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول فينقطع تعلقه إلا أن يكون الأول زوجا في نكاح صحيح والثاني واطئا بشبهة أو نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة

وإن كان الأول زوجا في نكاح فاسد ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة قولان أظهرهما الانقطاع لأن المرأة لا تصير فراشا في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء وسواء كان المتنازعان والواطئان مسلمين وحرين أو مختلفي الحال

فصل لو استلحق صبيا في يده أولا في يده فبلغ وانتفى منه نسبه فيه وجهان سبقا في الإقرار واللقيط

فإن استلحق بالغا فأنكر فقد سبق أنه لا يلحقه وإلحاق القائف والحالة هذه ليس بحجة

فلو سكت البالغ فقد ذكر الغزالي أنه يلحقه القائف وهذا لم أجده لغيره إذا لم يكن هناك إلا واحد عليه لكن لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه فسكت عرض على القائف

فلو وافق أحدهما لحقه

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ١١٦/٧

." (١)

"المعصوم في الأولى من زيادتي صريح في أنه قيد في الأولى أيضا

وعبارة شرح م ر ولو غصب خشبة مثلا وبنى عليها في ملكه أو غيره ولم يخف من إخراجها تلف نحو نفس أو مال معصوم أخرجت ولو تلف من مال الغاصب أضعاف قيمتها لتعديه انتهت

فقوله ولم يخف من إخراجها الخ صريح في أنه قيد في الاثنين فلا يظهر كلام س ل

والتعميم الذي ذكره بقوله ولو تلف الخ لا ينافي كونه قيدا فيهما لأن م ر أتى بالتعميم مع أن كلامه صريح في أنه قيد فيهما تأمل

قوله (تلف معصوم) أي ولو للغاصب أي غير البناء الموضوع فوقها فإنه مهدر

قال ابن النقيب وينبغي أن يلحق به ما يبيح التيمم إلا الشين أي في غير الآدمي برماوي والظاهر أن المراد بالتلف ما يشمل نقص الصفة كابتلال القمح ح ل

قوله (كلف إخراجها) لبقاء ملكها

وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب ويغرم قيمتها يدل لنا حديث على اليد ما أخذت حتى تؤديه ز ي

قوله (لم يكن لها قيمة) ولو تافهة

وقوله فهي كالتالفة أي فيغرم مثلها لأنها مثلية ح ل أي لا متقومة خلافا للشارح في بعض كتبه لأن معيارها الوزن ويصح السلم فيها ولا ينافي هذا قولهم في السلم لو أسلم في خشبة عشرة أذرع لأن المدار على ما يحصل به الضبط لا المكيال الأصلي ز ي

قوله (إلى الشط) المراد به أقرب شط يمكن الوصول إليه والأمن فيه كما هو ظاهر لا شط مقصده م ر و ق ل

قوله (كالحربي وماله) قال شيخنا الرملي ومثله المرتد وتارك الصلاة بعد أمر الإمام والزاني المحصن ولو رقيقا كان التحق بدار الحرب بعد زناه واسترق

قوله (من زيادتي) ويمكن جعل قول المنهاج إلا إن يخاف تلف الخ راجعا للصورتين كما قاله م ر فلا زيادة

قوله (ولو وطىء الغاصب أمة) أي ولم يكن أصلا لمالكها كما قاله ح ل

أما إذا كان أصلا لمالكها فلا يحد لماله في مال ولده من شبهة الإعفاف ا ط ف

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٠٣/١٢

قوله (ووجب مهر) ويتعدد بتعدد الوطء كما سيأتي في محله ق ل

قوله (ولو زانيا) أي لأنه استوفى منفعة البضع لكن في حالة الجهل يجب مهر واحد وإن تكرر الوطء وفي حالة العلم يتعدد وإن وطئها مرة عالما وأخرى جاهلا فمهران م ر ا ط ف

قوله (فلا مهر) وأما أرش البكارة فيجب لأنه لا يسقط بمطاوعتها لأنه في مقابلة جزء من بدنها كما لو أذنت في قطع يدها ولو ادعت الموطوأة الإكراه أي لطلب المهر وأنكر الزاني فالمعتمد قول الزاني بيمينه لأن الأصل عدم الإكراه فيجب عليه الحد ولا مهر كذا نقل عن ز ي تبعا لشيخه م ر

ونقل الشهاب الرملي تصديقها ويوجه بأن الأصل ضمان أجزائها وبأن الأصل أيضا ضمان المهر ا هـ ع ش واعتمد الرملي الأول

قوله (إذ لا مهر لبغي) فيه مصادرة وهي أخذ الدعوى في الدليل لأنه علل هنا بالحكم الذي ادعاه وهو أنه لا مهر للزانية والجواب عن هذا ونظائره أن الدليل عام فهو حكم بالكلي على الجزئي الذي هو الدعوى أي والكلي ثابت متقرر ويصح أن يراد بقوله إذ لا مهر لبغي الحديث الوارد فيكون دليلا من السنة

قوله (ماتت على ردتها) فلا مهر لها ولا أرش للبكارة لأنها مهدرة حرة كانت أو أمة ح ل

قوله (ولو كانت بكرا) أي وأزال بكارتها وإلا كالغوراء فالواجب مهر بكر غوراء

قوله (لزمه أرش بكارة مع مهر ثيب) هذا هو المعتمد ومثلها المجنى عليها ويجب مهر بكر بلا أرش بكارة في النكاح الفاسد ومهر بكر وأرش بكارة في البيع الفاسد ق ل

قوله (كوطئه في الحد والمهر) نعم تقبل دعواه هنا الجهل مطلقا ما لم يقل علمت الغصب فيشترط عذر من نحو قرب إسلام مع عدم مخالطتنا أو خالط وأمكن اشتباه ذلك عليه شرح م ر

قوله (ويجب على الواطىء المهر) أي المتقدم وهو مهر ثيب مع أرش البكارة كما في شرح شيخنا ونقل عنه وجوب مهر بكر لأنه من البيع الفاسد كما تقدم واعتمد شيخنا الأول وخص ما في البيع الفاسد بغير المشتري من الغاصب إذ من المرجحات ذكر الشيء في بابه وهو ظاهر لأن اليد المرتبة على يد الغاصب لها حكم الغصب ا هـ ق ل

قوله (وإن أحبلها) الضمير المرفوع راجع للأحد وإن لم يكن العطف

". (١)

---

(١) حاشية البجيرمي، ٣/١٣١

"(فهما حملان) أي فالثاني من ماء رجل آخر بعد وضع الأول لما تقدم من أن الله تعالى لم يجر العادة الخ وبهذا يعلم ما في كلام سم ا هـ ح ل

قوله (جرى على الغالب) قد يقال إذا كان جريا على الغالب فكان ينبغي أن يعول عليه تأمل

قوله (لا يقارن أول المدة) أي بل يتأخر عن لحظة الوطء وهذا الغالب فيما إذا كان العلوق بسبب الجماع فيتأخر نزول المني عن إدخال الذكر فإذا أتت به لستة فقط كانت مدة الحمل ناقصة لحظة الوطء مع أن أقلها ستة ولحظتان وغير الغالب أن يكون العلوق باستدخال المني فيكون الخلاف لفظيا ا هـ

قوله (بخلاف ما إذا أجاب الخ) أي فله النفي

قال ح ل أي وهو معذور بالتأخير فلا ينافي أن النفي على الفور

قوله (كقوله جزاك الله خيرا) ولا يقال قد زالت فورية النفي بهذا لأنا نقول يمكن أن يحمل على ما إذا قاله في توجهه للقاضي أو في حالة يعذر فيها بالتأخير لنحو ليل س ل

قوله (لبعد النكاح) أي لما بعده فحذف ما بقرينة ما بعده فهو منصوب على الظرفية وحرف الجر جار لما محذوفة وكذا يقال فيما بعده شيخنا

وعبارة شرح م ر أو مضاف إلى ما بعد النكاح أي زمن بعد النكاح ا هـ

قوله (لنفي ولد) أي أو حمل

قوله (إلى بعد النكاح) أي بعد حصوله وقبل البينونة ح ل

وفي الشوبري قوله إلى بعد النكاح لعله سقط منه لفظ ما بقرينة ما بعده وأيضا فيه أي في تقدير ما السلامة من جر بعد بإلى وهي إنما تجر كقبل بمن ا هـ

قوله (إلى ما قبل نكاحه) مثل هذا ما لو صدر منه القذف حال الزوجية وأضافه إلى قبل النكاح برلسي سم

قوله (أي القذف المطلق) هذا بعيد من سياقه لأن كلامه في القذف الذي قبل النكاح أو بعد البينونة فلعل الضمير راجع للقذف من حيث هو ثم قيد بالمطلق أو الذي بعد النكاح

كتاب العدد أخرت إلى هنا لترتبها غالبا على الطلاق واللعان وألحق الإيلاء والظهار بالطلاق لأنهما كانا طلاقا في الجاهلية وللطلاق تعلق بهما لأنه إذا مضت المدة في الإيلاء ولم يطأ طولب بالوطء أو الطلاق وإذا ظاهر ثم طلق فورا لم يكن عائدا ولا كفارة وكررت الأقراء الملحق بها الأشهر مع حصول البراءة

بواحد استظهارا أي طلبا لظهور ما شرعت لأجله وهو براءة الرحم واكتفى بها مع أنها لا تفيد تيقن البراءة لأن الحامل قد تحيض لكونه نادرا م ر وع ش عليه

قوله (لاشتمالها عليه) أي على العدد من الأشهر أو الأقراء ح ل

لا يقال العدة نفس العدد كثلاثة أقراء أو أشهر فيلزم عليه اشتمال الشيء على نفسه

لأنا نقول إن العدة هي المدة التي تتربص فيها المرأة ومشتملة على العدد فالمدة معدود لا عدد

قوله (تتربص) أي تنتظر مختار

قوله (لمعرفة براءة رحمها) المراد بالمعرفة ما يشمل الظن إذ ما عدا وضع الحمل يدل عليها ظنا

قوله (أو للتعبد) أو حقيقية بالنظر لما قبلها ومانعة خلو بالنظر لما بعدها

قوله (أو لتفجعها) أي تحزنها وتوجعها وأو مانعة خلو فتجوز الجمع لأنه قد يجتمع التفجع والتعبد كما في الصغيرة والآيسة المتوفى عنهما وقد يجتمع التفجع أيضا مع معرفة براءة الرحم كالحائل المتوفى عنها

قوله (وتحصينا الخ) لا يشمل نحو الصغيرة وغير المدخول بها في عدة الوفاة ح ل

وأجيب بأنها حكمة لا يلزم اطرادها أو المراد أنها شرعت في الأصل لما ذكر وهو عطف ملزوم على لازم والاختلاط الاشتباه

قوله (بوطء شبهة) قدمه

".(١)

"قوله وإن أطلقتا (أو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم و) شهد (وارثان) عدلان (أنه رجح) عن ذلك، (ووصى بعتق غانم وكل) منهما (ثلثه) أي ثلث ماله (تعين) للاعتاق (غانم) دون سالم وارتفعت التهمة في الشهادة بالرجوع عنه بذكر بدل يساويه، وخرج بثلثه ما لو كان غانم دونه فلا تقبل شهادة الوارثين في القدر الذي لم يثبتا له بدلا، وفي الباقي خلاف تبعيض الشهادة.(فإن كانا) أي الوارثان، (حائزين فاسقين ف) - يتعين للاعتاق (سالم) بشهادة الاجنبيين لاحتمال الثلث له، (وثلثا غانم) بإقرار الوارثين الذي تضمنته شهادتهما له وكأن سالما هلك أو غصب من التركة، ولا يثبت الرجوع بشهادتهما لفسقهما ولو كانا غير حائزين عتق من غانم قدر ثلث حصتهما.(فصل) في القائف وهو الملحق للنسب عند الاشتباه بما خصه

(١) حاشية البجيرمي، ٤/٧٦

الله تعالى به من علم ذلك، (شرط القائف أهلية الشهادات) هذا أولى من اقتصاره على الاسلام والعدالة والحرية والذكورة.(وتجربة) في معرفة النسب، بأن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمة ثلاث مرات ثم في نسوة فيهم أمه، فإن أصاب في المرات جميعا اعتمد قوله، وذكر الام مع النسوة ليسللتقييد بل للاولوية إذ الاب مع الرجال، كذلك على الاصح فيعرض عليه الولد في رجال كذلك بل سائر العصبة، والاقارب كذلك وبما ذكر علم ما صرح به الاصل، أنه لا يشترط فيه عدد كالقاضي ولا كونه من بني مدلج نظرا للمعنى، خلافا لمن شرطه وقوفا مع ما ورد في الخبر وهو ما روى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي النبي (صلى الله عليه وسلم) مسرورا فقال: ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا عليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وقد بدت أقدامهما فقال: إن هذه الاقدام بعضها من بعض، (فإذا تداعيا) أي اثنان (وإن لم يتفقا إسلاما وحرية مجهولا) لقيطا أو غيره (أو ولد موطوءتهما وأمكن كونه من كل) منهما (كأن وطئا امرأة بشبهة) كأمة لهما (أو) وطئ (أحدهما زوجة الآخر بشبهة وولدته لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطئهما عرض عليه) أي على القائف فيلحق من ألحقه به منهما." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٨٥ """"""غيرها . فقول الزركشي لا يقال : فيها تعبد لأنها ليست من العبادة المحضة . غير ظاهر كما في شرح م ر . قال شيخنا : والمراد بالمعرفة ما يشمل الظن إذ ما عدا وضع الحمل يدل عليها ظنا قوله : (أو لتفجعها) أي فيمن مات عنها قبل الدخول ومثله الممسوح أو بعده وكان صبيا أو كانت صغيرة كما يعلم من كلام الشارح ، فيما يأتي والمراد بالتفجع التحزن .قوله : (وشرعت الخ) لا يشمل نحو الصغيرة وغير المدخول بها في عدة الوفاة ح ل . وأجيب بأنها حكمة لا يلزم اطرادها قوله : (وتحصينا لها) أي الأنساب وهو عطف تفسير على ما قبله وقوله : من الاختلاط أي الاشتباه لأنه قد تقدم أن الرحم إذا دخله مني الرجل انسد فمه فلا يقبل منيا آخر فلا يتصور اختلاط ماءين . قوله : (رعاية لحق الزوجين) فحق الزوجة النفقة والسكنى في العدة ، وحق الزوج عدم اشتباه مائه بماء الغير ، وقال بعضهم : أما الزوج فظاهر وأما الزوجة فباعتبار أنه يعلم بالعدة من أي الزوجين الولد وحينئذ فلا إشكال ، وأما الولد فلأجل أن يتميز أبوه وقوله : والناكح الثاني أي لأجل أن يعلم هل الولد منه أو لا ؟ قوله : (من النساء) بيان للواقع قوله : (متوفى عنها وغير متوفى عنها) لفظ متوفى في الموضعين على صيغة المفعول ونائب الفاعل عنها سم وتختص فرقة الوفاة بالنكاح الصحيح كما قاله : حج . أما الفاسد فإن لم يقع فيه وطء فلا شيء فيه وإن وقع فهو وطء شبهة وفيه ما في فرقة الحي اه م ر . قوله : (انفصال

---

(١) فتح الوهاب، ٢/٤٠٩

كله) حتى شعره المتصل به م ر . ولو ماتت عقبه . وعبارة م د قوله انفصال كله إلا الشعر فإنه إن بقي في الجوف لم يؤثر ، بخلاف ما لو كان متصلا وقد انفصل كله ما عدا الشعر فإنه يؤثر ومثله الظفر اه سم وفي ع ش على م ر . أي ولو على غير صورة الآدمي بأن كان من زوجها وخلق على غير صورة الآدمي ولو وطئها غير آدمي واحتمل كون الحمل منه أي من الزوج لا يمنع من انقضاء العدة بوضعه لأن الشرط نسبته إلى ذي العدة ولو احتمالا وهو موجود هنا اه بحروفه .قوله : (توأمين) أي بينهما دون ستة أشهر فلو كان الحمل ثلاثة انقضت بالثالث إن كان." (١)

"""""""" صفحة رقم ٤٨١ """""""المميز فصح الاستدلال به ومثله الغلامة قال في المصباح : الغلام الابن الصغير ثم قال : قال الأزهري وسمعت العرب تقول للمولود حين يولد ذكرا غلام فلم يخصصوا الغلام بالمميز اه ع ش على م ر . قوله : (في الانتساب) صوابه في التخيير وكتب بعضهم قوله : في الانتساب أي عند **الاشتباه** فيما إذا وطىء رجلان امرأة **بشبهة** . وأتت بولد يمكن من كل منهما فإنه يعرض على القائف فإن ألحقه بأحدهما فالأمر ظاهر . فإن لم يوجد قائف أو تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما انتسب بعد كماله لمن يميل طبعه إليه ، سواء كان الولد ذكرا أو أنثى .قوله : (وقد يتقدم) أي التمييز على السبع الخ وظاهر إناطة الحكم بالتمييز ، أنه لا يتوقف على بلوغه سبع سنين وأنه إذا جاوزها بلا تمييز بقي عند أمه والثاني ظاهر . وأما الأول فقياس ما مر في كونه لا يؤمر بالصلاة قبل السبع وإن ميز أنه لا يخير حيث لم يبلغها ويفرق بأن عدم الأمر بالصلاة لما فيها من المشقة فخفف عنه حيث لم يبلغ السبع بخلاف ما هنا فإن الدار فيه على معرفة ما فيه صلاح نفسه وعدمه فيقيد بالتمييز وإن لم يجاوز السبع اه ع ش على م ر . قوله : (فمداره) أي التخيير وقوله : عليه أي التمييز .قوله : (ويعتبر في تمييزه) ظاهر كلامه أن ذلك داخل في جد التمييز وليس كذلك فكان الأولى أن يقول : في تخييره إلا أن يجاب بأن في بمعنى مع قوله : (بأسباب الاختيار) وهي الدين والمحبة وكثرة المال وغير ذلك مما يقتضي الميل اه شيخنا . قوله : (إلى حصول ذلك) أي ما ذكر من المعرفة وقوله : وهو أي حصول ذلك قوله : (ويخير) أي المميز الذي لا أب له أيضا بين أم وإن علت وجد وإن علا م د وأشار الشارح بذلك إلى أن قول المتن : يخير بين أبويه ليس قيدا قوله : (أو غيره) أي بعد فقد الجد قوله : (من الحواشي) أي الذكور من العصبات أخذا من قوله : بجامع العصوبة ع ش . قوله : (كما يخير) حيث لا أم بين أب وأخت لغير أب ولو لأم مع أن الأخت للأب مقدمة على الأخت للأم اه ح ل . وتقدم أنه عند اجتماع الذكور

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٨٥/٤

والإناث يقدم الأب على سائر الحواشي ومن جملتهم الأخت والخالة فالأب مقدم عليهما . ومقتضى ما هنا أن المحضون كان قبل التمييز عند الأخت أو الخالة وتخيره بعده بين من كان عندها وبين الأب وهذا لا يأتي إلا على القول الضعيف القائل : بتقديمهما على الأب فليتأمل وليحرر . ويجاب بأنه كان قبل التمييز عند الأب فيخير بعد التمييز بين الأب والأخت أو." (١)

"استدلاله بالاستلزام المذكور لم يرد عليه منع الاستلزام إذ لم يدع استلزاما قطعيا بل ظنيا بحسب ظاهر العبارة ولا شك فيه ولم يرد أيضا على التسليم أنه يلزم الاكتفاء باللوازم وإنما يرد لو أريد بالاستلزام أنه إذا تحقق قصد الفعل تحقق قصد الفرض في ضمنه من غير قصده بالفعل بخصوصه وليس كذلك بل المراد أنه إذا تحقق قصد الفعل تحقق قصد الفرض بخصوصه استقلالا لا في ضمنه ولا شبهة في إجزاء ذلك وكأنه توهم أن المراد الأول فتدبر .(قوله قصد الفرض بخصوصه) تصريح بأن الذي ادعي لزومه قصد الفرض بخصوصه ولا شبهة في إجزاء ذلك وإن جعل لازما فكيف يصح قوله وبتسليم إلخ (قوله لا يكتفى فيها باللوازم) يرد عليه أنه جعل هذا اللازم قصد الفرض بخصوصه ولا شبهة لعاقل في إجزاء ذلك (قوله ليتميز) أي اشتباه الفرض بالنفل مع اعتبار التعيين قوله لم يوجبوه) قد تمنع هذه الملازمة بأن هذا النفل ليس كبقية النوافل لأنه في ذاته فرض ووضع على الفرضية ولما شرع للصبي ليتمرن ويألفه إذا بلغ ناسب وجوب القيام ليتمرن عليه ويألفه ونية الفرضية نية خلاف الواقع .(قوله تصويب المجموع) توهم بعضهم أن قياس تصويب المجموع عدم وجوب نية الفرضية في الجمعة على من لا تجب عليه كالعبد والمرأة وهذا قياس فاسد لأن الصبي لم يخاطب بفرض الوقت فلا معنى لوجوب الفرضية في حقه بخلاف المذكورين بالنسبة للجمعة فإنهم خوطبوا بفرض الوقت الصادق بالجمعة." (٢)

"(ولو وطئ) الغاصب (المغصوبة عالما بالتحريم) وليس أصلا للمالك (حد) وإن جهلت ؛ لأنه زان (وإن جهل) تحريم الزنا مطلقا أو بالمغصوبة وقد عذر بقرب إسلامه ولم يكن مخالطا لنا أو مخالطنا وأمكن اشتباه ذلك عليه أو نشئه بعيدا عن العلماء (فلا حد) للشبهة (وفي الحالين) أي حالي علمه وجهله (يجب المهر) ، وإن أذن له المالك ؛ لأنه استوفى المنفعة وهي غير زانية إذ الغرض كما يعلم مما يأتي أنها جاهلة أو مكرهة نعم يتحد وإن تعدد الوطء في حالة الجهل لاستدامة الشبهة بخلافه مع العلم بتعدد الوطآت ، ولو وطئ مرة جاهلا ومرة عالما فمهران ويجب في البكر مهر ثيب مع أرش البكارة كما

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٤/٤٨١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٥/٢٦١

مر في البيع (إلا أن تطاوعه) عالمة بالتحريم كما يفهمه قوله الآتي إن علمت (فلا يجب) مهر (على الصحيح) ؛ لأنها زانية ، وقد نهى عن مهرها وإنما أثر رضاها في سقوط حق السيد ؛ لأنه إنما ينشأ عنها ومن ثم سقط بردتها قبل وطء وإرضاعها إرضاعا مفسدا ويظهر في مميزة عالمة بالتحريم أنها ككبيرة في سقوط المهر ؛ لأن ما وجد منها صورة زنا فأعطيت حكمه ألا ترى أنه لو اشتراها ، ثم بان فيها ذلك ردها به (وعليها الحد إن علمت) بالتحريم لزناها وكالزانية مرتدة ماتت على ردتها (ووطء المشتري من الغاصب كوطئه) أي الغاصب (في) ما قرر فيه من (الحد والمهر) وأرش البكارة لاشتراكهما في وضع اليد على مال الغير بغير حق نعم تقبل دعواه هنا الجهل مطلقا ما لم يقل علمت الغصب." (١)

"(وإن أحبل) الغاصب أو المشتري منه المغصوبة (عالما بالتحريم فالولد رقيق غير نسيب) لما مر أنه زنا فإن انفصل حيا ضمنه كل منهما أو ميتا بجناية فبدله وهو عشر قيمة أمه للسيد أو بغيرها ضمنه كل منهما بقيمته يوم الانفصال وقول الإسنوي إنهما ناقضا ما هنا رده الأذرعي بأنه اشتباه فإن هذا في عالم وذاك في جاهل أي وسيأتي الفرق بين الرقيق وهو ما هنا والحر وهو ما هناك (وإن جهل) التحريم (فحر) من أصله لا أنه انعقد قنا ، ثم عتق (نسيب) للشبهة (وعليه) إذا انفصل حيا حياة مستقرة (قيمته) بتقدير رقه لتفويته رقه بظنه فإن انفصل ميتا بجناية فعلى الجاني الغرة وهي نصف عشر دية الأب وعليه عشر قيمة أمه لمالكها ؛ لأنا نقدره قنا في حقه قال المتولي والغرة مؤجلة فلا يغرم الواطئ حتى يأخذها وتوقف فيه الإمام أو بغير جناية لم يضمنه لعدم تيقن حياته وفارق ما مر في الرقيق بأنه يدخل تحت اليد فجعل تبعا للأم في الضمان وهذا حر فلا يدخل تحت اليد وتردد الأذرعي في حي حياة غير مستقرة ورجح غيره أنه كالحي كما أفهمه تعليلهم الميت بأنا لم نتيقن حياته وقد يقال بل قياس إلحاقهم لهذا بالميت في نظائره أنه هنا كذلك ومعنى التعليل أنا لم نتيقن حياته حياة يعتد بها والعبرة بقيمته (يوم الانفصال) لتعذر التقويم قبله ويلزمه أرش نقص الولادة (ويرجع بها) أي بقيمة الولد ومثله أرش قيمة الولادة (المشتري على الغاصب) ؛." (٢)

"(ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن) ولا بينة أو أقاما بينتين وتعارضتا (صدق المشتري) بيمينه ؛ لأنه أعلم بما باشره من الشفيع فإن نكل حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه وبحث الزركشي أنه لو كذبه الحس كأن ادعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوي دينارا لم يصدق وفيه نظر مأخذه ما مر من

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٨٦/٢٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٩٠/٢٣

أنه لا خيار في شراء زجاجة بألف وهي تساوي درهما وبه يعلم أن الحس لا يكذب ذلك ؛ لأن الغبن بذلك قد يقع (، وكذا لو أنكر المشتري) في زعم الشفيع (الشراء) ، وإن كان الشقص في يده (أو) أنكر (كون الطالب شريكا) فيصدق بيمينه ؛ لأن الأصل عدمهما ويحلف في الأولى أنه ما اشتراه وفي الثانية على نفي العلم بشركته فإن نكل حلف الطالب بتا وأخذ .s(قوله وبحث الزركشي إلخ) الوجه أنه لا عدول عن بحث الزركشي إذ قد يستحيل في العادة ما ادعاه المشتري كما لو علم أنه في غاية الرشد واليقظة وانتفى احتمال غرض ما له في ذلك الشقص بأزيد من عشرة دراهم مثلا لخسته وخسة محله وادعى المشتري مع ذلك أنه اشتراه بألف دينار فإنه لا شبهة والحال ما ذكر في استحالة ذلك عادة وتكذيب الحس له ولا ترد مسألة الزجاجة ؛ لأن الغبن فيها إنما أمكن من جهة اشتباهها بالجوهرة التي يرغب فيها بمثل ذلك الثمن وهذا المعنى لا يتأتى فيما نحن فيه والحال ما ذكر .ا هـ .(قوله به يعلم أن الحس إلخ) فيه نظر إذ قد تقطع القرائن بالتكذيب (قوله في زعم) متعلق بقول المتن المشتري .." [1]

"يرغب في مثله بأزيد من عشرة دراهم لخسته وخسة محله وادعى المشتري مع ذلك أنه اشتراه بألف دينار فإنه لا شبهة في استحالة ذلك عادة وتكذيب الحس له ولا يرد مسألة الزجاجة ؛ لأن الغبن فيها إنما نشأ من جهة اشتباهها بالجوهرة التي يرغب فيها ، وهذا المعنى لا يتأتى فيما نحن فيه والحال ما ذكر انتهى ا هـ وقال ع ش بعد ذكر عبارة سم والفرق له وجه والنظر معتمد أي فيصدق .ا هـ أي المشتري وفيه وقفة (قوله مأخذه) أي النظر (ما مر) أي قبيل باب المبيع قبل القبض (قوله وبه يعلم أن الحس إلخ) فيه نظر إذ قد تقطع القرائن بالتكذيب سم على حج ا هـ ع ش (قوله في زعم الشفيع) متعلق بالمشتري .ا هـ ع ش قول المتن (الشراء) بأن قال لم أشتره سواء قال معه ورثته أو اتهبته أم لا ا هـ مغني .." [2]

".(قوله : حرة) كان ينبغي التقييد بهذا أيضا فيما تقدم في قوله وليس له إلخ (فرع) خلق له قبلان فينبغي أن يقال إن كانا أصلين زالت البكارة بوطء أحدهما وحصل الدخول به حتى يستقر المهر أو أحدهما زائدا وتميز فالمدار في زوال البكارة وحصول الدخول على الأصلي ، وإن اشتبه فالمدار في ذلك عليهما فلا ينتفي إجبار الولي بوطء أحدهما ؛ لأن إجباره ثابت فلا يزول بالاحتمال (قوله : إن وطأها) أي الشبهة (قوله : وإن وصف بالحل في ذاته) في كون الوصف بالحل باعتبار ذاته نظر والوجه أنه باعتبار ذاته حرام وباعتبار عارضه من الاشتباه والظن حلال وانتفاء الإثم للعذر لا يقتضي كون الحل للذات (قوله

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٤/١٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٤/١٢

: ثيب) الأرجح خلافه شرح م ر قال في شرح الروض وقضية كلام المصنف كأصله أن البكر لو وطئت في قبلها ولم تزل بكارتها بأن كانت غوراء ، وهي التي بكارتها داخل الفرج حكمها كسائر الأبكار ، وهو كنظيره الآتي في التحليل على ما يأتي فيه وقضية تعليلهم خلافه ؛ لأنها مارست الرجال بالوطء انتهى." (١)

"ووكيل كل مثله) لكن الجد يوكل فيهما وكيلين فالوكيل الواحد يتولى طرفا فقط نهاية ومغني (قول المتن بوطء حلال إلخ) أو شبهة ا هـ نهاية وعبارة المغني ، أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة ا هـ مغني وكان ينبغي للشارح أن يزيد ذلك أيضا ليظهر قوله : الآتي أو من نحو قرد (قوله : أو نحوه) كالسكر والإكراه (قوله وإيراد الشبهة) أي وطء الشبهة عليه أي على المتن (قوله : إن وطأها) أي الشبهة ا هـ سم (قوله : فعله) أي الواطئ بشبهة (قوله من هذه الحيثية) أي من حيث كونه كالغافل (قوله : وإن وصف بالحل إلخ) في وصفه باعتبار ذاته بالحل نظر بل الوجه أنه باعتبار ذاته حرام وباعتبار عارضه من الاشتباه والظن حلال وانتفاء الإثم للعذر لا يقتضي كون الحل للذات ا هـ سم وأقره الرشيدي وقال السيد عمر ما نصه بتأمل كلام الشارح والفاضل المحشي يعلم أن كلام الشارح أدق واتباع الحق أحق ا هـ .(قوله وقولهم إلخ) دفع لما يتوهم وروده على قوله فلا يوصف فعله إلخ (قوله : من الأحكام الخمسة) أي الوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة وقوله أو الستة أي بزيادة المتأخرين خلاف الأولى ا هـ ع ش (قول المتن ولا أثر لزوالها إلخ) وتصدق المكلفة في دعوى البكارة ، وإن كانت فاسقة قال ابن المقري بلا يمين وكذا في دعوى الثيوبة قبل العقد ، وإن لم تتزوج ولا تسأل عن الوطء فإن ادعت الثيوبة بعد العقد وقد زوجها الولي بغير إذنها نطقا فهو المصدق بيمينه لما في تصديقها من." (٢)

"(فصل) في كيفية اللعان وشروطه وثمراته (اللعان قوله) أي الزوج (أربع مرات أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به) زوجتي (هذه) إن حضرت (من الزنا) إن قذفها بالزنا وإلا قال فيما رميتها به من إصابة غيري لها على فراشي وأن الولد منه لا مني ولا تلاعن هي هنا إذ لا حد عليها بلعانه ولو ثبت قذف أنكره قال فيما ثبت من قذفي إياها بالزنا وذلك للآيات أول سورة النور وكررت لتأكد الأمر ولأنها منه بمنزلة أربع شهود ليقام عليها بها الحد ولذا سميت شهادات ، وأما الخامسة فهي مؤكدة لمفادها ، نعم المغلب في تلك الكلمات مشابهتها للأيمان كما يأتي ومن ثم لو كذب لزمه كفارة يمين والأوجه أنها

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٩/٤٥٨

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٩/٤٦٠

لا تتعدد بعددها ؛ لأن المحلوف عليه واحد والمقصود من تكررها محض التأكيد لا غير (فإن غابت) عن المجلس أو البلد لعذر أو غيره (سماها ورفع نسبها) أو ذكر وصفها (بما يميزها) عن غيرها دفعا للاشتباه ويكفي قوله زوجتي إذا عرفها الحاكم ولم يكن تحته غيرها (﴿ والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ﴾) عدل عن علي وكنت تفاؤلا (فيما رماها به من الزنا .وإن كان له ولد ينفيه ذكره في الكلمات) الخمس كلها لينتفي عنه لا ليصح لعانه ومن ثم لو أغفله في واحدة صح لعانه بالنسبة لصحة لعانها بعده وإن وجبت إعادته لنفي الولد (فقال) في كل واحدة منها (وأن الولد الذي ولدته) إن غاب (أو هذا الولد) إن حضر (من) زوج أو شبهة أو من (زنا ليس مني)." [1]

".(وكذا لو اشتركا في وطء) لامرأة وألحق به البلقيني استدخال مائهما أي : المحترم (فولدت ممكنا منهما وتنازعاه بأن وطئا بشبهة) كأن ظنها كل زوجته أو أمته وللشبهة صور أخرى ذكر بعضها عطفا للخاص على العام فقال : (أو) وطئا (مشتركة لهما) في طهر واحد ، وإلا فهو للثاني كما يؤخذ من كلامه الآتي قياسا لتعذر عوده إلى هذا ؛ لأن بينهما صورا لا يمكن عوده إليها (أو وطئ زوجته فطلق فوطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد) كأن نكحها في العدة جاهلا بها (أو) وطئ (أمته فباعها فوطئها المشتري ولم يستبرئ واحد منهما) فيعرض عليه ، ولو مكلفا ويلحق بمن ألحقه منهما ، وإن أنكر ؛ لأن الحق فيه لله تعالى أو أنكرا ؛ لأن الولد صاحب حق في النسب فلا يسقط حقه بإنكار الغير بخلاف المجهول فإن لم يكن قائف أو تحير اعتبر انتساب الولد بعد كماله وعمل بإلحاق القائف لما مر في الخبر ؛ ولاستحالة انعقاد شخص من ماء شخصين كما أجمع عليه الأطباء وبرهنوا عليه قال البلقيني : ولو كان الاشتباه للاشتراك في الفراش لم يعتبر إلحاق القائف إلا بحكم حاكم ذكره الماوردي وحكاه في المطلب في ملخص كلام الأصحاب (وكذا لو وطئ) بشبهة (منكوحة) لغيره نكاحا صحيحا كما بأصله واستغنى عنه بقوله الآتي : في نكاح صحيح (في الأصح) ولا يتعين الزوج للإلحاق للاشتباه ولا يثبت ذلك حتى يعرض على القائف إلا ببينة بوطء الشبهة فلا يكفي اتفاق الزوجين والواطئ ؛ لأن الولد له حق في." [2]

"شبهة في إجزاء ذلك وكأنه توهم أن المراد الاول، فتدبر سم..قوله: (للفرض) أي مع قطع النظر عن الحيثية السابقة وغيرها كحيثية الفرضية حتى يصح قوله: لم يلزم الخ بصري..قوله: (فالنية لا يكتفى الخ) مما يقضي منه العجب إذ ما نحن فيه ليس من مقولة النية بل ذكر مسألة متعلقة بالنية وشتان ما بينهما،

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٩٠/٣٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٥٢/٤٥

وكون الدلالة الالتزامية لا يكتفى بها فيما نحن فيه غريب نعم بناء على التسليم المذكور يمكن الاعتذار عن المصنف رحمه الله تعالى بأن في ذكره ثانيا تصريحا بما علم التزاما وهو مستحسن مع ما فيه هنا من نكتة زائدة وهي الاشارة إلى الخلاف المذكور، فتأمله حق تأمله بصري.قوله: (في مكتوبة) إلى قوله: لتحاكي في النهاية والمغني إلا قوله كأصلي إلى ذلك وما أنب عليه..قوله: (ونذر) وتكفي نية النذر في المنذور عن نية الفرضية كما قاله في الذخائر.فائدة: العبادات المشروط فيها النية في وجوب التعرض للفرضية خمسة أقسام، الاول: يشترط بلا خلاف كالزكاة هكذا في الدميري وليس كذلك لان نية الفرضية في المال ليست بشرط لان الزكاة لا تقع إلا فرضا، الثاني عكسه الحج والعمرة، الثالث: يشترط على الاصح كالصلاة الرابع عكسه كصوم رمضان على ما في المجموع من عدم الاشتراط، الخامس: عبادة لا يكفي فيها ذلك بل يضر وهي التيمم فإنه إذا نوى فرضه لم يكف مغني ونهاية وقوله م ر لم يكف، أي: ما لم يضفه للصلاة ع ش ومثل الكردي للاول نقلا عن السيوطي بالكفارات.قوله: (كأصلي فرض الظهر) والاقرب أنه يكفي أصلي الظهر الواجب أو المتعين لترادف الفرض والواجب ولان معنى التعين أنه مخاطب به بخصوصه بحيث لا يسقط بفعل غيره وهذا عين الفرض ع ش.قوله: (لتتميز) أي الصلاة المفروضة..قوله: (عن النفل) أي **اشتباه** بالنفل مع اعتبار التعيين سم عبارة البصري قد يقال: إن كان المراد به ما عدا المعادة فقد حصل التمييز بالتعيين أو هي فلا يحصل بالفرضية التمييز بناء على اشتراطها فيها اه.وفي البجيرمي عن الحلبي وع ش، ما حاصله: أن المراد بالنفل هنا المعادة وصلاة الصبي إذا كان الناوي بالغا غير معيد والغرض من نية الفرضية أحد أمرين إما التمييز كما مر، وإما بيان الحقيقة في الاصل كما في المعادة وصلاة الصبي فينوي كل منهما بالفرض بيان الحقيقة الاصلية أو يطلق فلو أراد أنه فرض عليه بطلت وبهذا اندفع الاعتراض بأنه كيف يعلل اشتراط تعرض الفرضية بالتمييز عن النفل مع أنه حاصل بالتعيين اه.أي: والفرض المعتبر في غير المعادة وصلاة الصبي غير المعتبر فيهما فيحصل بذلك التمييز ويؤيدذلك قول النهاية والمغني وإنما وجبت نية الفرضية مع ما ذكر أي من قصد الفعل والتعيين الصادق بالصلاة." (١)

"البائع لاعتراف المشتري بأن البيع جرى بذلك والبائع ظالم بالزيادة ويقبل شهادة الشفيع للبائع لعدم التهمة دون المشتري لانه متهم في تقليل الثمن ولو فسخ البيع بالتحالف أو نحوه بعد الاخذ بالشفعة أقر الاخذ بالشفعة وسلم المشتري قيمة الشقص للبائع ولو تحالفا قبل الاخذ أخذ بما حلف عليه البائع لان البائع اعترف باستحقاق الشفيع الاخذ بذلك الثمن فيأخذ حقه منه وعهدة المبيع على البائع لتلقي الملك

---

(١) حواشي الشرواني، ٢/٧

منه مغني وروض مع شرحه قوله: (وبحث الزركشي إلخ) اعتمده المغني وقال رشيدي استوجه الشهاب بن قاسم ما قاله الزركشي وقرره في حواشي التحفة تقريرا حسنا فليراجع اه وقال السيد عمر قوله وفيه نظر مأخذه ما مر إلخ لا يخفى ما فيه فإن تصور ذلك في زجاجة تشتبه بالجوهرة لا بعد فيه بخلاف شراء شقص من عقار يساوي درهما بألف ثم رأيت المحشي سم قال الوجه أنه لا عدول عن بحث الزركشي إذ قد يستحيل في العادة ما ادعاه المشتري كما لو علم أنه في غاية الرشد واليقظة وانتفى احتمال غرض ما له في ذلك الشقص واطردت العادة بأن أحدا لا يرغب في مثله بأزيد من عشرة دراهم لخسته وخسة محله وادعى المشتري مع ذلك أنه اشتراه بألف دينار فإنه لا شبهة في استحالة ذلك عادة وتكذيب الحس له ولا يرد مسألة الزجاجة لان الغبن فيها إنما نشأ من جهة اشتباهها بالجوهرة التي يرغب فيها وهذا المعنى لا يتأتى فيما نحن فيه والحال ما ذكر انتهى اه وقال ع ش بعد ذكر عبارة سم والفرق له وجه والنظر معتمد أي فيصدق اه أي المشتري وفيه وقفة قوله: (مأخذه) أي النظر (ما مر) أي قبيل باب المبيع قبل القبض قوله: (وبه يعلم أن الحس إلخ) فيه نظر إذ قد تقطع القرائن بالتكذيب سم على حج اه ع ش قوله: (في زعم الشفيع) متعلق بالمشتري اه ع ش قول المتن (الشراء) بأن قال لم أشتره سواء قال معه ورثته أو أنهبته أم لا اه مغني قوله: (الشريك القديم) وهو البائع قوله: (في يده) أي البائع قوله: (وقال) أي المشتري قوله: (فلا يصدق البائع عليه) أي حيث لا بينة اه ع ش قوله: (على ذيها) الاولى الاظهار قول المتن (ويسلم الثمن للبائع) فلو امتنع من قبضه منالشفيع كان له مطالبة المشتري في أحد وجهين رجحه شيخنا وهو الظاهر لان ماله قد يكون أبعد عن الشبهة فإن حلف المشتري فلا شئ عليه فإن نكل حلف البائع وأخذ الثمن منه وكانت عهدته عليه مغني ونهاية قال ع ش قوله م ر كان له مطالبة المشتري به أي ويبقى الثمن في يد الشفيع حتى يطالبه البائع أو المشتري اه.قوله: (لانه) أي الشفيع وكذا ضمير كأنه وقوله منه أي البائع وقوله المشتري بكسر الراء قوله: (إن كان معينا) بأن تملك بعينه فقال تملكت بهذه العشرة مثلا ثم أراد دفعها إليه فزعم أنه قبض الثمن من المشتري فنترك العشرة في يده حتى لو عاد البائع وكذب نفسه وادعى عدم القبض من المشتري استحق هذه العشرة بعينها بغير إقرار جديد أي من البائع وفارق ما مر في الاقرار بأن ما هنا معاوضة فقوي جانبها بخلافه هناك اه سم.قوله: (فالاعتراض إلخ) أقره المغني عبارته تنبيه قوله في يد الشفيع كان الاولى." (١)

---

(١) حواشي الشرواني، ٦/٧٤

"الخ) فيه أنه مبني على التنافي المبني على أن يزوجها أبوها صريح في الاجبار وقد علم ما فيه اه.سيد عمر وقد مر ما فيه قوله: (وبحث ندبه الخ) عبارة المغني والاسنى ويسن استفهام المراهقة اه.قوله: (ويسن إلى الفرع في المغني إلا قوله إلا لحاجة أو مصلحة قوله: (أن لا يزوجها) أي البكر حينئذ أي حين إذ كانت صغيرة اه. ع ش قوله: (ثقة) عبارة المغني نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها اه.قوله: (والام أولى) لانها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها اه.مغني قول المتن: (وليس له تزويج ثيب الخ).فرع: خلق لها قبلان فينبغي أن يقال إن كانا أصليين زالت البكارة بوطئ أحدهما وحصل الدخول به حتى يستقر المهر أو أحدهما زائدا وتميز فالمدار في زوال البكارة وحصول الدخول على الاصلي وإن اشتبه فالمدار في ذلك عليهما فلا ينتفي إجبار الولي بوطئ أحدهما لان إجباره ثابت فلا يزول بالاحتمال اه.سم وفي ع ش عن الزيادي ما يوافقه.قوله: (لما مارست الرجال) أي بوطئ قبلها لما يأتي أن الوطئ في الدبر لا يمنع من الاجبار ومع ذلك هو جرى على الغالب لما يأتي أيضا في وطئ القرد مثلا اه.ع ش قوله: (وليس هو اسمه) أي الاصلي قوله: (تقدم له) أي لعل المراد فقط عاقلة إلى قوله وقضيته في النهاية وكذا في المغني إلا قوله بل أولى وقوله وإيراد **الشبهة** إلى المتن قوله: (حرة) كان ينبغي التقييد بهذا أيضا فيما تقدم في قوله وليس له الخ اه.سم أي وفيما يأتي في قوله وتزوج الثيب الخ قوله: (فيزوجها السيد) وكذا وليه عند المصلحة اه.مغني قوله: (مطلقا) أي ثيبا أو غيرها صغيرة أو كبيرة اه.ع ش أي عاقلة أو مجنونة قوله: (أو عدم أهليته) أي لعداوة ظاهر مثلا قوله: (بل أولى) قد يقال ما وجه الاولوية فإن الولادة والعصوبة في الاب بلا واسطة وفيه بواسطة الاب ومن ثم يقدم عليه هنا وفي الارث وغير ذلك وأما توليه للطرفين الآتي فلولايته على صاحبهما دون كل من الابوين لا لاولويته فليتأمل اه.سيد عمر قوله: (ووكيل كل مثله) لكن الجد يوكل فيهما وكيلين فالوكيل الواحد يتولى طرفا فقط نهاية ومغنى قول المتن: (بوطئ حلال الخ) أو **شبهة** اه.نهاية وعبارة المغني أو بوطئ لا يوصف بهما **كشبهة** اه.مغني وكان ينبغي للشارح أن يزيد ذلك أيضا ليظهر قوله الآتي أو من نحو قرد قوله: (أو نحوه) كالسكر والاكراه قوله: (وإيراد **الشبهة**) أي وطئ **الشبهة** عليه أي على المتن قوله: (إن وطأها) أي **الشبهة** اه.سم قوله: (فعله) أي الواطئ **بشبهة** قوله: (من هذه الحيثية) أي من حيث كونه كالغافل قوله: (وإن وصف بالحل الخ) في وصفه باعتبار ذاته بالحل نظر بل الوجه أنه باعتبار ذاته حرام وباعتبار عارضه من **الاشتباه** والظن حلال وانتفاء الاثم للعذر لا يقتضي كون الحل للذات اه.سم وأقره الرشيدي وقال السيد عمر ما نصه بتأمل كلام الشارح والفاضل المحشي يعرم أن كلام الشارح أدق واتباع الحق أحق اه..قوله: (وقولهم الخ) دفع لما يتوهم وروده على قوله فلا يوصف فعله الخ قوله: (من الاحكام

الخمسة) أي الوجوب والندب والحرمة والكراهة والاباحة وقوله أو الستة أي بزيادة المتأخرين خلاف الاولى اه. ع ش قول المتن: (ولا أثر لزوالها الخ) وتصدق المكلفة في دعوى البكارة وإن كانت فاسقة قال ابن المقري بلا يمين وكذا في دعوى الثيوبة قبل العقد وإن لم تتزوج ولا تسأل عن الوطئ فإن ادعت الثيوبة بعد العقد وقد زوجها الولي بغير إذنها نطقا فهو المصدق بيمينه لما في تصديقها من إبطال النكاح بل لو شهدت أربع نسوة بثيوبتها عند العقد لم يبطل لجواز إزالتها بإصبع أو نحوه أو أنها خلقت." (١)

"البجيرمي: وقد يجتمع التعبد مع التفجع في فرقة الموت عمن لا يولد له أو كانت قبل الدخول وقد تجتمع براءة الرحم مع التفجع فيمن يولد له في فرقة الموت وقد تجتمع الثلاثة كما في هذا المثال لان العدة فيها نوع من التعبد دائما واجتماع الاقسام بعضها مع بعض مأخوذ من ذكر أو لانها مانعة خلو فتجوز الجمع اه.وقوله: على زوج مات: متعلق بتفجع.أي لتفجعها على فراق زوج بالموت (قوله: وشرعت) أي العدة وقوله صونا الخ فيه أنه لا يشمل نحو الصغيرة وغير المدخول بها في عدة الوفاة.وأجيب بأنه حكمة وهي لا يلزم اطرادها.وقوله: عن الاختلاط فيه أن الرحم إذا دخله مني الرجل انسد فمه فلا يقبل منيا آخر فلا يتصور اختلاط.وأجيب بأن المراد به **الاشتباه** (قوله: تجب عدة لفرقة زوج حي) سيأتي مقابله في قوله وتجب لوفاة زوج.وفي البجيرمي: ومثل فرقة الحياة مسخه حيوانا، ومثل فرقة الموت مسخه جمادا.اه.(قوله: بطلاق الخ) الباء سببية متعلق بفرقة أي فرقة حاصلة بسبب طلاق (قوله: أو فسخ نكاح) أي بعيبه أو عيبها، ومثل الفسخ الانفساخ بلعان أو رضاع أو غيره كردة (قوله: حاضر الخ) يحتمل جعله بدلا من زوج فيكون تعميما فيه.ويحتمل أن يكون مضافا إليه لفظ نكاح.وقوله مدة طويلة: متعلق بغائب: أي غائب مدة طويلة.وفي التقييد به نظر لانه على الاحتمال الاول يكون قوله حاضر أو غائب مرتبطا بكل من الطلاق أو من الفسخ فبالنسبة للطلاق لا فرق بين أن يكون المطلق غائبا مدة طويلة أو قصيرة، ومثله بالنسبة للفسخ ولا يرد عليه ما سيأتي في باب النفقات من أن كثيرين اختاروا في غائب تعذر تحصيل النفقة منه الفسخ لانه يلزم من التعذر المذكور أن تكون المدة طويلة، وعلى الاحتمال الثاني يكونقوله: حاضر، أو غائب مرتبطا بالفسخ فقط.ولا فرق فيه أيضا بين أن يكون الذي يفسخ غائبا مدة طويلة أو قصيرة ولا يرد عليه ما سيأتي أيضا لما تقدم آنفا فتنبه (قوله: وطئ) الجملة صفة ثانية لزوج من الوصف بالجملة بعد الوصف بالمفرد: أي ويشترط في ثبوت العدة وطئ الزوج لها، ولا بد أن يكون الواطئ ممن يمكن وطؤه كصبي تهيأ له وأن تكون ممن يمكن وطؤها ومثل الوطئ إدخال منيه المحترم حال خروجه وحال دخوله على ما اعتمده

---

(١) حواشي الشرواني، ٧/٢٤٥

ابن حجر وحال خروجه فقط وإن لم يكن محترما حال دخوله على ما اعتمده م ر، وذلك كما إذا احتلم الزوج وأخذت الزوجة منيه وأدخلته فرجها ظانة أنها مني أجنبي فإن هذا محترم حال الخروج وغير محترم حال الدخول وتجب به العدة إذا طلقت الزوجة بعده وقبل الوطئ على معتمد الثاني دن الاول لانه اعتبر أن يكون محترما في الحالين.وفي سم: ولو وطئ زوجته ظانا أنها أجنبية وجبت العدة بلا إشكال بل لو استدخلت هذا الماء زوجة أخرى وجبت العدة فيما يظهر.اه.وقوله في قبل أو دبر: تعميم في الوطئ (قوله: بخلاف ما إذا لم يكن وطئ) أي ولم تدخل منيه المحترم: أي فلا عدة عليها وإن وجدت خلوة، وذلك لقول الله تعالى: * (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) * (١) (قوله: وإن تيقن براءة رحم) غاية في وجوب العدة على الموطوءة: أي تجب العدة عليها وإن تيقن ذلك، وذلك لان العدة إنما وجبت لعموم الادلة، ولان المغلب فيها جهة التعبد كما تقدم (قوله: كما في صغيرة وصغير) تمثيل للمتيقن براءة رحمها وكون الزوج صغيرا ليس بقيد في تيقن براءة رحمها، بل متى كانت صغيرة تيقن ذلك ولو كان كبيرا (قوله: ولوطئ الخ) معطوف على لفرقة: أي وتجب عدة لوطئ حصل مع شبهة كائنة في حلة (قوله: كما في نكاح فاسد) أي كما في وطئه بنكاح فاسد، فإن الوطئ بالنكاح المذكور شبهة (قوله: وهو) أي وطئ الشبهة.وقوله: كل ما لم يوجب حدا على الواطئ.أي وإن أوجبه على الموطوءة كما لو زنى المراهق ببالغة أو المجنون بعاقلة فتلزمها العدة لاحترام_______________(١) سورة الاحزاب، الاية: ٤٩.." (١)

"مستولدة) مفعول استبرأ.وقوله ممن زال عنها الفراش: بيان للمضاف الذي هو لفظ غير والمراد زال عنها الفراش بالاعتاق الذي استبرأها قبله.وحاصل هذه المسألة: أنه لو استبرأ السيد أمته غير المستولدة بأن مضت مدة الاستبراء وهو لم يطأها فيها ثم زال فراشه عنها بالاعتاق فلا استبراء عليها فلها أن تتزوج حالا (قوله: فلا يجب) أي الاستبراء عليها، وهو مفرع على مفهوم قوله لا إن استبرأها أو جواب شرط محذوف: أي فإن استبرأها كما ذكر فلا يجب إستبراء، ولو حذفه لكان أخصر وأولى، لانه يعلم من استثنائه مما يجب الاستبراء فيه (قوله: بل الخ) اضراب انتقالي (قوله: إذ لا الخ) علة لعدم وجوب الاستبراء.وقوله هذه: أي غير المستولدة التي استبرأها سيدها قبل زوال الفراش (قوله: بخلاف المستولدة) أي فإنها تشبه المنكوحة.قال في التحفة: والفرق بين غير المستولدة وبين المستولدة ظاهر: إذ الاولى لا تشبه المنكوحة، بخلاف الثانية لثبوت حق الحرية لها فكان فراشها أشبه بفراش الحرة المنكوحة اه.بالمعنى وقوله: أشبه

---

(١) حاشية إعانة الطالبين، ٤/٤٦

بفراش الحرة: أي وهي تجب عليها العدة.اه (قوله: ويحرم بل لا يصح الخ) هذا يفيد أن السبب في الاستبراء روم التزويج، وهو يؤيد ما تقدم عن بعضهم أن السبب الحقيقي، إما حل التمتع أو روم التزويج.وقوله تزويج موطوءته.أي أو موطوءة غيره إن كان الماء محترما وأراد تزويجها لغير صاحبه ولم يكن البائع استبرأها قبل البيع ما يعلم من التفصيل الذي ذكره الشارح (قوله: قبل مضي استبراء) في التحفة، وإنما حل بيعها قبله مطلقا لان القصد من الشراء ملك العين والوطئ قد يقع وقد لا، بخلاف النكاح لا يقصد به إلا الوطئ (قوله: حذرا من اختلاط الماءين) أي **اشتباه** أحدهما بالآخر فليس المراد حقيقة الاختلاط لانه تقدم أن الرحم لا يحتوي على ماءين (قوله: أما غير موطوءته) صادق بصورتين بما إذا لم توطأ أصلا وبما إذا وطئها غيره، وقد أفادهما بقوله فإن كانت الخ (قوله: فله) أي المالك، والمناسب للتقابل أن يقول فلا يحرم تزويجها.وقوله تزويجها: أي قبل مضي مدة الاستبراء، وكذا يقال فيما بعده.وقوله مطلقا: أي من كل أحد (قوله: أو موطوءة غيره) أي أو كانت موطوءة غير المالك المريد لتزويجها بأن كانت موطوءة البائع لها قبل استبرائها أو موطوءة **بشبهة** أو بزنا (قوله: فله) أي للمالك الذي هو المشتري.وقوله تزويجها ممن الماء منه: أي على من الماء منه، ولا فرق فيه بين أن يكون الماء محترما أم لا، مضت مدة الاستبراء عنده أم لا، ويدل على ذلك ما بعده (قوله: وكذا من غيره) أي وكذا له أن يزوجها على غير من الماء منه لكن بشرط أن يكون الماء غير محترم بأن كان وطؤه لها بزنا، أو محترما لكن مضت مدة الاستبراء منه: أي عند صاحب الماء قبل انتقالها للمشتري (قوله: ولو أعتق موطوءته فله نكاحها بلا استبراء) أي كما يجوز أن ينكح المعتدة منه.إذ لا إختلاط هنا، ومن ثم لو اشترى أمة فزوجها لبائعها الذي لم توطأ غيره لم يلزمه استبراء كما لو أعتقها فأراد بائعها أن يتزوجها.وخرج بموطوءته ومثلها من لم يطأها أو وطئت زنا أو استبرأها من انتقلت منه إليه من وطئها غيره وطئا غير محرم فلا يحل له تزوجها قبل استبرائها وإن أعتقها.اه.تحفة.وقوله من وطئها: فاعل خرج (قوله: وهو) مبتدأ خبره حيضة.وقوله أي الاستبراء: أي قدره.وقوله لذات أقراء حال من المبتدأ على رأى أو من الخبر مقدم عليه وهو المسوغ لمجئ الحال من النكرة (قوله: حيضة كاملة) إنما كان العبرة هنا بالحيض وفي العدة بالطهر لان الاقراء فيها متكررة فتعرف البراءة بتكرر الحيض ولا تكرر هنا فيعتمد الحيض الدال على البراءة فمن انقطع حيضها صبرت إلى أن تحيض فتستبرأ بحيض، فإن لم تحض صبرت إلى سن اليأس ثم استبرئت بشهر على نحو ما تقدم في العدة وأقل مدة إمكان الاستبراء إذا جرى سببه في الطهر يوم وليلة ولحظتان وفي الحيض ستة عشر يوما ولحظتان

(قوله: فلا تكفي بقيتها) أي الحيضة: أي لا يحصل بهذه البقية من الحيض الاستبراء بخلاف بقية الطهر في العدة فإنها تحسب." (١)

"بخلاف الزنا فإنه لا يحرم خلافا لأبي حنيفة إذ الشبهة كالحقيقة في جلب المحرمات كالعدة والمهر والنسب وسقوط الحد لكن يرجع في وجوب المهر إلى الاشتباه عليها فقط وينظر في ثبوت النسب والعدة إلى الاشتباه عليه وقيل في المصاهرة إنه تكفي الشبهة من أحد الجانبين وقيل لا بد من الاشتباه على الرجل لأنه قرينة النسب في كتاب الله تعالى وقيل لا بد فيه من الاشتباه عليهما جميعا

". (٢)

"وصلحائهم من بلد اللعان لقوله تعالى : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ولأن فيه ردعا عن الكذب وأقلهم كما في المنهاج كأصله أربعة لثبوت الزنا بهم فاستحب أن يحضر ذلك العدد ، ويبدأ في اللعان بالزوج فيقول : (أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي) هذه (من الزنا) إن كانت حاضرة فإن كانت غائبة عن البلد أو مجلس اللعان لمرض أو حيض أو نحو ذلك ، سماها ورفع نسبها بما يميزها عن غيرها دفعا للاشتباه .وإن كان ثم ولد ينفيه عنه ذكره في كل كلمات اللعان الخمسة الآتية لينتفي عنه فيقول في كل منها : (وإن هذا الولد) إن كان حاضرا أو إن الولد الذي ولدته إن كان غائبا (من الزنا وليس) هو (مني) لأن كل مرة بمنزلة شاهد فلو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات احتاج إلى إعادة اللعان لنفيه .تنبيه : قضية كلامه أنه لو اقتصر على قوله من الزنا ولم يقل ليس مني أنه لا يكفي ، قال في الشرح الكبير وبه أجاب كثيرون لأنه قد يظن أن وطء النكاح الفاسد والشبهة زنا ولكن الراجح أنه يكفي .كما صححه في أصل الروضة والشرح الصغير حملا للفظ الزنا على حقيقته وقضيته أيضا أنه لو اقتصر على قوله ليس مني لم يكف ، وهو الصحيح لاحتمال أن يريد أن لا يشبهه خلقا ولا خلقا ، فلا بد أن يسنده مع ذلك إلى سبب معين كقوله من زنا أو وطء شبهة .ويكرر ذلك (أربع مرات) للآيات السابقة أول الفصل وكررت الشهادة لتأكيد الأمر .لأنها أقيمت مقام أربع شهود من." (٣)

---

(١) حاشية إعانة الطالبين، ٦٥/٤

(٢) الوسيط، ١٠٧/٥

(٣) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٩٥/١١

"كانت صغيرة كما يعلم من كلام الشارح ، فيما يأتي والمراد بالتفجع التحزن قوله : (وشرعت إلخ) : لا يشمل نحو الصغيرة وغير المدخول بها في عدة الوفاة حل .وأجيب بأنها حكمة لا يلزم اطرادها قوله : (وتحصينا لها) أي الأنساب وهو عطف تفسير على ما قبله وقوله : من الاختلاط .أي **الاشتباه** لأنه قد تقدم أن الرحم إذا دخله مني الرجل انسد فمه فلا يقبل منيا آخر فلا يتصور اختلاط ماءين .قوله : (رعاية لحق الزوجين) فحق الزوجة النفقة والسكنى في العدة ، وحق الزوج عدم **اشتباه** مائه بماء الغير ، وقال بعضهم : أما الزوج فظاهر وأما الزوجة فباعتبار أنه يعلم بالعدة من أي الزوجين الولد وحينئذ فلا إشكال ، وأما الولد فلأجل أن يتميز أبوه وقوله : والناكح الثاني أي لأجل أن يعلم هل الولد منه أو لا ؟ قوله : (من النساء) بيان للواقع قوله : (متوفى عنها وغير متوفى عنها) لفظ متوفى في الموضعين على صيغة المفعول ونائب الفاعل عنها سم وتختص فرقة الوفاة بالنكاح الصحيح كما قاله : حج .أما الفاسد فإن لم يقع فيه وطء فلا شيء فيه وإن وقع فهو وطء **شبهة** وفيه ما في فرقة الحي .ا ه .مر .قوله : (انفصال كله) حتى شعره المتصل به مر .ولو ماتت عقبه .وعبارة مد قوله انفصال كله إلا الشعر فإنه إن بقي في الجوف لم يؤثر ، بخلاف ما لو كان متصلا وقد انفصل كله ما عدا الشعر فإنه يؤثر ومثله الظفر .ا ه .سم وفي عش على مر .أي ولو على غير صورة الآدمي بأن كان من زوجها." (١)

"وسمعت العرب تقول للمولود حين يولد ذكرا غلام فلم يخصصوا الغلام بالمميز .ا ه .ع ش على م ر .قوله : (في الانتساب) صوابه في التخيير وكتب بعضهم قوله : في الانتساب أي عند **الاشتباه** فيما إذا وطئ رجلان امرأة **بشبهة** .وأتت بولد يمكن من كل منهما فإنه يعرض على القائف فإن ألحقه بأحدهما فالأمر ظاهر .فإن لم يوجد قائف ، أو تحير ، أو نفاه عنهما ، أو ألحقه بهما انتسب بعد كماله لمن يميل طبعه إليه ، سواء كان الولد ذكرا ، أو أنثى .قوله : (وقد يتقدم) أي التمييز على السبع إلخ ، وظاهر إناطة الحكم بالتمييز ، أنه لا يتوقف على بلوغه سبع سنين وأنه إذا جاوزها بلا تمييز بقي عند أمه والثاني ظاهر .، وأما الأول فقياس ما مر في كونه لا يؤمر بالصلاة قبل السبع ، وإن ميز أنه لا يخير حيث لم يبلغها ويفرق بأن عدم الأمر بالصلاة لما فيها من المشقة فخفف عنه حيث لم يبلغ السبع بخلاف ما هنا فإن المدار فيه على معرفة ما فيه صلاح نفسه وعدمه فيقيد بالتمييز ، وإن لم يجاوز السبع .ا ه .ع ش على م ر .قوله : (فمداره) أي التخيير ، وقوله : عليه أي التمييز قوله : (ويعتبر في تمييزه) ظاهر كلامه أن ذلك داخل في حد التمييز وليس كذلك فكان الأولى أن يقول : في تخييره إلا أن يجاب بأن " في " بمعنى "

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٢٣/١١

مع " قوله : (بأسباب الاختيار) وهي الدين والمحبة وكثرة المال وغير ذلك مما يقتضي الميل .ا هـ .شيخنا .قوله : (إلى حصول ذلك) أي ما ذكر من المعرفة وقوله : وهو أي حصول ذلك .." (١)

" قوله عدلا الظاهر أن المراد العدالة التي تشترط في قبول الشهادة فلا تكفي الظاهرة غ علم منه أنه يعتبر فيه أهلية الشهادة فيشمل انتفاء العداوة عن الذي ينفيه عنه وانتفاء الولادة عن الذي يلحقه به قوله بصيرا في المطلب عن الأصحاب اعتبار السمع ومنعه البلقيني فقال هو غير مسلم نقلا فلم أجد في كلامهم اعتباره ومعنى لأنه يبصر الصفات وليس هنا قول يعتبر سماعه وقولنا له هذا ابن من في هؤلاء قد يعرف بكتابة أو إشارة ثم هو ينطق بما ظهر له قوله مجربا لقوله صلى الله عليه وسلم لا حكم إلا ذو تجربة حسنه الترمذي وكما لا يولى القضاء إلا بعد معرفته بالأحكام قوله كالحاكم علم منه أنه يعتبر فيه أهلية الشهادة فشمل انتفاء العداوة عن الذي ينفيه عنه وانتفاء الولادة عن الذي يلحقه به قوله أن يعرض عليه ولد في نسوة جرت العادة أن الراعي يلتقط النتاج ليلا فإذا أصبح جعل كل بهيمة عند أمها مستدلا بالص‍وف قال الإصطخري يعمل بقوله في التنازع كالنسب وخالفه الجمهور فارقين بشرف الآدمي قوله لأن القائف فيه يعلم إلخ هذا إشكال أبداه الإمام قال في آخره الصواب أنه يعرض تارة في الأول وتارة في الثاني وهلم جرا ليمكن اعتباره قوله لكن العرض مع الأم أولى بل لو فقدت عرض مع عصبة الميت وقرابته قوله قال البارزي وينبغي الاكتفاء بثلاث مرات أشار إلى تصحيحه قوله وقال الإمام العبرة بغلبة الظن إلخ أشار إلى تصحيحه أيضا قوله من لقيط أو غيره الظاهر أن من بلغ مجنونا كالطفل غ قد صرح به الماوردي قوله أو شبهة شمل وطء أبوي الشريكين الأمة المشتركة ووطء الشريك وأبي الآخر قوله فإنه يعرض على القائف إلخ قال البلقيني كلامه يقتضي أنه مساو للمجهول في أحكام العرض على القائف وليس كذلك لأمور أحدها أن هذا يعرض على القائف وإن كان بالغا مكلفا جزم به الماوردي وهو فقه ظاهر ثانيها أنه يعرض هنا على الأظهر ور‍و كان أحدهما ساكنا أو منكرا ولو أنكراه معا عرض ثالثها أنه إذا كان الاشتباه إلى آخر ما سيأتي قوله وإن لم يدعه واحد منهما كان أنكراه قوله بأن وطئاها في طهر واحد قال الكوهكيلوني لو فرض أنهما وطئاها في حيض فليجب أن يكون الحكم كما إذا وطئا في الطهر تنبيه إذا كان الاشتباه للاشتراك في الفراش لم يصح إلحاقه بالقائف إلا بحكم حاكم جزم به الماوردي وحكاه في المطلب عن تلخيص كلام الأصحاب وقال البلقيني ظاهر ذكر الوطء اشتراط تغييب الحشفة وليس هذا عندي بمعتبر في هذا المكان بل لو لم يدخل الحشفة كلها وأنزل داخل الفرج كان كالوطء وكذا الإنزال خارج الفرج بحيث دخل الماء في الفرج

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١١/٤٤٥

واستدخال الماء قوله فإن ولدت لما بين ستة أشهر إلخ عبارة المحرر والشرحين فإذا أتت بولد لأقل من أربع سنين

". (١)

"(قوله : وقف أمرهما نسبا وغيره) أي وأما نفقتهما فينبغي وجوبها على الأبوين بالسوية لتحقق النسب منهما ، **والاشتباه** لا يمنع منه ، وعليه لو زال **الاشتباه** بعد وكان ما يخص أحدهما من النفقة أكثر مما يخص الآخر فهل لمن كانت نفقة ولده القليلة الرجوع بما زاد أم لا ؟ فيه نظر ، والظاهر أنه إن كان أنفق بإذن الحاكم أو أشهد عند تعذر الحاكم أنه أنفق ليرجع رجع وإلا فلا (قوله : فكمسلمين) الأولى أن يقال كما لو اختلط مسلم بكافر ليفيد أنه يصلي عليهما معا ، وينوي الصلاة على المسلم منهما أو يعلق النية إن صلى على كل وحده وعبارة حج في تجهيزهما ا هـ أما في الصلاة فكاختلاط المسلم بالكافر (قوله : أو بعده) أي الامتناع (قوله : فلا) أي فلا يكونان كالمسلمين لأن أحدهما كافر أصلي والآخر مرتد ا هـ حج (قوله : وإنما استقر مهر مستفرشة رجل) بنكاح صحيح أو فاسد كما شمله التعبير بالاستفراش (قوله : لأن هنا) أي في قوله وإنما استقر إلخ (قوله : وفي مسألتنا) هي قول المصنف ولا يثبت الاستيلاد إلخ (قوله : والأصل عدم النكاح) أي وعدم وطء **الشبهة** وقوله لما ذكر : أي من قوله لاحتمال ملكه لها بعد." (٢)

"(قوله : ولم يكن أصلا) أما إذا كان أصلا له فلا لما في مال ولده من **شبهة** الإعفاف (قوله : وإن جهل تحريم الزنا مطلقا) انظر معنى الإطلاق ولعله قرب عهده بالإسلام أم لا ، ولكن يقيد الحد فيمن قرب عهده بمن كان غير مخالط لنا مخالطة تمنع من خفاء التحريم عليه أخذا مما يأتي ، وعبارة حج تحريم الزنا مطلقا أو بالمغصوبة ، وقد عذر بقرب إسلامه ولم يكن مخالطا لنا أو مخالطنا ، وأمكن **اشتباه** ذلك عليه أو نشئه بعيدا عن إلخ ا هـ .ومعنى الإطلاق عليها ظاهر ، فإن معنى سواء غير المغصوبة والمغصوبة (قوله : يجب المهر إلا أن تطاوعه) ويظهر في مميزة عالمة بالتحريم أنها ككبيرة في سقوط

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٤٣١

(٢) حاشية الشبراملسي، ٢٢/١٨٠

المهر ؛ لأن ما وجد منها صورة زنا فأعطيت حكمه ، ألا ترى أنه لو اشتراها ثم رأى فيها ذلك ردها ا هـ سم على حج .." (١)

"(قوله : وما بحثه الزركشي إلخ) الوجه أنه لا عدول عن بحث الزركشي ، إذ قد يستحيل في العادة ما ادعاه المشتري كما لو علم أنه في غاية الرشد واليقظة ، وانتفى احتمال غرض ماله في ذلك الشقص بأزيد من عشرة دراهم مثلا لخسته وخسة محله وادعى المشتري مع ذلك أنه اشتراه بألف دينار فإنه لا شبهة ، والحال ما ذكر في استحالة ذلك عادة وتكذيب الحس له ، ولا ترد مسألة الزجاجة لأن الغبن فيها إنما أمكن من جهة اشتباهها بالجوهرة التي يرغب فيها بمثل ذلك الثمن ، وهذا المعنى لا يتأتى فيما نحن فيه ، والحالة ما ذكر ا هـ سم على حج .أقول : والفرق له وجه .." (٢)

"قوله أو شبهة هذا العطف يناقض ما سيأتي قريبا قوله وإن وصف بالحل في ذلك إلخ قال الشهاب سم في كون الوصف بالحل باعتبار ذاته نظر والوجه أنه باعتبار ذاته حرام وباعتبار عارضه من الاشتباه والظن حلال وانتفاء الإثم للعذر لا يقتضي كون الحل للذات

ا هـ

قوله ولو خلقت بلا بكارة مكرر مع قوله المار لخلقها بلا بكارة والأول ساقط في نسخ قوله قبل العقد متعلق بدعوى." (٣)

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٢٠٢/٢٣

(٢) حاشية الشبراملسى، ٢٨٧/٢٣

(٣) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٢٠٧/٦